III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO FISCAL

7771 *Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.*

Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP

1. Introducción

La presente circular tiene por objeto la fijación de pautas interpretativas de las distintas figuras delictivas englobadas en el nuevo art. 510 del Código Penal (en adelante, CP) tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo («BOE» n.º 77, 31 de marzo), que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Según dispone el Preámbulo de la citada LO, la novedosa configuración de los denominados delitos de odio pretende, por un lado, introducir los criterios derivados de la STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre, sobre el delito de negación del genocidio

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

(anteriormente regulado en el art. 607.2 primer inciso CP) que «limita su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías» y, por otro, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de un instrumento clave en esta materia como es la Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, que significó un paso fundamental en el reconocimiento de los delitos de odio en el ámbito europeo al establecer un objetivo común en la respuesta penal frente a este fenómeno mediante «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Tal y como se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017 (correspondiente al ejercicio 2016), todos los indicadores «apuntan a un incremento» de estos delitos, fomentados por el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) que, en palabras de la STS n.º 4/2017, de 18 de enero (FJ 2), «intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento [histórico], podrían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios».

El Ministerio Fiscal no podía permanecer ajeno a esta realidad. En fecha 10 de octubre de 2011 un decreto del Fiscal General del Estado creó la figura del Fiscal de Sala Delegado para la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación, función que a partir del 12 de diciembre de 2012 comenzó a asumir la Fiscal de Sala Coordinadora contra la Criminalidad Informática. Actualmente y desde el 1 de abril de 2015, se mantiene la figura con sustantividad propia bajo la nueva denominación de Fiscal de Sala para los delitos de odio y contra la discriminación.

A su vez, en las Fiscalías territoriales se han designado Fiscales Delegados que, además, cuentan con el apoyo y colaboración de un Fiscal de Enlace en determinadas Fiscalías de Área, y ello en cumplimiento de la Instrucción 1/2015, de 13 de julio, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados. Muchos de los Fiscales Delegados territoriales son igualmente delegados en materia de Criminalidad Informática, subrayándose así la especial relación entre ambas manifestaciones delictivas, lo que, en un número significativo de casos, puede reforzar la eficacia de las investigaciones, sin perjuicio de la necesaria coordinación que debe presidir las relaciones con otras Secciones especializadas como las de Menores, Extranjería, Protección de Víctimas o Discapacidad ante la constatación de que se trata de un fenómeno multidisciplinar.

En los últimos tiempos las diversas expresiones de esta problemática han ido recibiendo progresivamente una mayor atención desde diversos sectores sociales, políticos y jurídicos, fruto de un aumento de la conciencia colectiva sobre la relevancia de estas conductas. Ello posibilita la visibilidad del fenómeno y constituye un primer paso para su efectiva persecución.

Así, el Consejo de Ministros del 4 de noviembre de 2011 aprobó la «Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia», que daría lugar al Convenio interinstitucional firmado el 21 de septiembre de 2015 por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y diversos Ministerios, renovado por Acuerdo de 19 de septiembre de 2018, contra el racismo, la xenofobia, la LGTBIfobia y otras formas de intolerancia.

Sin embargo, las diversas infracciones contenidas en el nuevo art. 510 CP todavía presentan en su tipicidad unos contornos difusos que, sin duda, dificultan su detección y que, quizá, no permiten que afloren penalmente toda la variedad de conductas que presenta el fenómeno de la «intolerancia excluyente», en expresión de la STC n.º 177/2015, de 22 de julio (FJ 4).

El art. 510 CP regula conjuntamente y amplía el ámbito de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, así como la justificación del genocidio –anteriormente regulados en los arts. 510.1 y 607.2 CP, respectivamente– al tiempo que introduce nuevos tipos penales.

Este carácter expansivo de la respuesta penal no ha supuesto, sin embargo, la inclusión de una categoría unívoca de delitos de odio, pudiendo encontrarse expresiones del mismo diseminadas por todo el CP. Así, como manifestaciones de esta discriminación punible se pueden considerar las siguientes: las amenazas a determinados colectivos prevista en el art. 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del art. 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del art. 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del art. 515.4.º CP, los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 CP, o el delito de escarnio o vejación previsto en el art. 525 CP.

La heterogeneidad de estas figuras delictivas aconseja centrar el objeto de esta Circular en el estudio y análisis del art. 510 CP, como precepto que se ha convertido en el paradigma de la respuesta penal frente al fenómeno de la discriminación excluyente, sin perjuicio de que muchas de las consideraciones que se hacen en este documento puedan servir para superar las dificultades interpretativas que se observen en otras modalidades delictivas relacionadas con esta materia, no exenta de controversia doctrinal y jurisprudencial.

Mediante este instrumento, en definitiva, se pretende ofrecer a los Fiscales unas pautas de actuación que sean lo suficientemente generales como para facilitar soluciones hermenéuticas a los distintos problemas que estas figuras delictivas puedan plantear en la práctica y que, al mismo tiempo, sean lo más concretas y útiles posibles para los Fiscales a la hora de enfrentarse al estudio y análisis de un determinado asunto de esta naturaleza.

2. Los delitos del art. 510 CP: características comunes

La diversidad de delitos englobados en el mismo art. 510 CP no excluye la posibilidad de apreciar algunas características comunes a todos ellos. Estos hilos conductores permiten, además, coadyuvar al correcto entendimiento del fenómeno delictivo que nos ocupa y decantar pautas interpretativas generales para identificar las conductas discriminatorias o de odio intolerante que merecen reproche penal.

2.1 Bien jurídico protegido.

El art. 510 CP encuentra su ubicación sistemática, dentro del Libro II del CP, en el Título XXI que lleva por rúbrica de los «Delitos contra la Constitución», y más en concreto, en el Capítulo IV dedicado a los «delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en cuya Sección Primera y bajo la denominación de los «delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución», encuentra acomodo junto con las denegaciones discriminatorias de servicios públicos y privados (arts. 511 y 512 CP), las reuniones o manifestaciones ilícitas (arts. 513 y 514 CP) y las asociaciones ilícitas (arts. 515 a 521 CP).

Por lo tanto, una primera clave interpretativa de la ratio del precepto apunta hacia la promoción del correcto ejercicio de derechos fundamentales relevantes en cualquier sociedad democrática como las libertades de expresión y opinión (art. 20 CE), reunión y manifestación (art. 21 CE) y asociación (art. 22 CE).

Sin embargo, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, el eje sobre el que pivota el precepto es la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE, según el cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pórtico del Capítulo II («De los derechos y

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

libertades»), dentro del Título Primero de nuestra Carta Magna, dedicado a los «Derechos y Deberes Fundamentales».

La consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), es decir, como pilar sobre el que se asienta toda la estructura de garantías, no es exclusiva de nuestro texto constitucional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (en adelante, DUDH) dispone en su art. 1 que: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (…)», y en su art. 2 establece que: «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

Por su parte, el Protocolo n.º 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) establece en su art. 1.1 que «el goce de todos los derechos reconocidos por la Ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», recogiendo así una descripción similar a la contenida en el art. 14 CE.

No obstante, una adecuada exégesis del origen y fundamento de los delitos de odio no puede obviar que la igualdad y la no discriminación sólo pueden ser consideradas como una expresión de la propia dignidad humana.

En efecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 (en adelante, CDFUE), dedica su primer artículo a proclamar que: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida», mientras que el principio de igualdad ante la Ley es reconocido en el art. 20, para continuar declarando en el art. 21.1 que «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Esta sistemática pone de manifiesto el carácter originario de la dignidad, que debe ser entendida como el respeto que merece y el valor que debe otorgarse a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo. Se trata de una cualidad inherente, que se reconoce y protege pero que no se otorga, y que se conforma como el presupuesto que posibilita el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libre elección que toda persona tiene para optar por un proyecto de vida digna dando cauce a sus capacidades, naturales o adquiridas, al margen de cualquier otra consideración. En esta línea, la STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre, señala que «la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales».

Desde otra perspectiva, la dignidad es un preciado bien que no sólo nos identifica como seres humanos libres e iguales, sino que también permite la convivencia en sociedad. De hecho, la dignidad humana –junto con «los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás»– se constituye como el «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), como recuerda la STC n.º 214/1991, de 11 de noviembre (FJ 8). Y por eso tiene sentido ubicar sistemáticamente los delitos de odio entre las infracciones contra la Constitución (Título XXI del Libro II CP) como norma fundamental de convivencia.

Por lo tanto, a la hora de abordar cualquier asunto de esta naturaleza, los/las Sres./Sras. Fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no sólo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio. Para que concurra una infracción de odio será necesario, además, que la acción u omisión sólo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

ser humano posee por el mero hecho de serlo. Supone, en definitiva, un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia.

Precisamente por ello, serán objeto de persecución penal aquellas conductas que supongan una infracción de las normas más elementales de tolerancia y convivencia que afectan a los valores y principios comunes a la ciudadanía, invadiendo la esfera de dignidad propia de cualquier ser humano y que, como tales, deben ser consideradas como un ataque a los elementos estructurales y vertebradores del orden constitucional y, en definitiva, a todo el sistema de derechos y libertades propio de una sociedad democrática.

2.2 Discurso del odio y libertad de expresión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells contra España, de 23 de abril de 1992 [parágrafo 42], y Fuentes Bobo contra España, de 29 de febrero de 2000 [parágrafo 43])».

Así se expresaba la STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre, proclamando igualmente que «[L]os derechos garantizados por el art. 20.1 CE (…) se configuran (…) como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático». Para el TC, estos derechos garantizan «un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de un modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». En parecidos términos se ha expresado posteriormente, con cita de las anteriores, la STC 112/2016, de 20 de junio, pudiendo verse los antecedentes de nuestra jurisprudencia constitucional ya en la STC n.º 291/1991, de 13 de diciembre («caso León Degrelle/Violeta Friedman») y 176/1995, de 11 de diciembre («Caso Makoki»).

Este carácter estructural determina un amplio margen para la libre expresión de ideas y opiniones, y también para la crítica, «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (ver, por todas, la STC n.º 174/2006, de 5 de junio). Por lo mismo, se debe respetar la libertad de cualquier opinión, «por equivocada o peligrosa que pueda parecer (…), incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución, se ha dicho, protege también a quienes la niegan» (STC n.º 176/1995, de 22 de diciembre). Y esto es así porque «en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de "democracia militante"», es decir, «un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (STC n.º 48/2003, de 12 de marzo).

Sin embargo, como recuerda la STC n.º 112/2016, de 20 de junio, «la jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entre en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales». La libertad de expresión no es un «derecho absoluto», como señala la STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre.

En esa situación de eventual conflicto, la especial consideración de la libertad de expresión como elemento esencial de la convivencia democrática obliga a realizar en cada caso concreto una adecuada ponderación que elimine cualquier «riesgo de hacer del Derecho Penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (STC n.º 112/2016, de 20 de junio, FJ 2).

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

Como señala la STS n.º 752/2012, de 3 de octubre, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades se debe examinar si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de no llegar a esta conclusión, la acción no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta. Parece evidente que unos mismos hechos «no pueden ser (…) valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito». Se impone, por tanto, un ineludible ejercicio de compensación valorativa que viene amparado por la propia normativa reguladora de estos derechos.

Así, en el ámbito europeo, el art. 10 CEDH, tras reconocer en su apartado 1 el derecho a la libertad de expresión, admite en su apartado 2 la posibilidad de que se establezcan las «sanciones (…) necesarias, en una sociedad democrática, para (…) la protección de (…) los derechos ajenos».

En aplicación de este precepto, el TEDH viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio (ver, en tal sentido, las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Ergogdu e Ince contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, Gündüz contra Turquía; y de 6 de julio de 2006, Erbakan contra Turquía).

En el ordenamiento jurídico español, el art. 20.4 CE establece como límite específico el «respeto de los derechos reconocidos» en el Título Primero de la CE, entre los que se incluyen los ya citados de la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) como expresión de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Por ello, de forma coherente con el espacio europeo de derechos y libertades, las SSTC n.º 235/2007, de 7 de noviembre y 112/2016, de 20 de junio (FJ 4), han apreciado esta incompatibilidad radical entre la libertad de expresión y el discurso del odio.

La STC n.º 177/2015, de 22 de julio, pese al pronunciamiento sobre ella de la STEDH de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capella contra España, que apreció violación del art. 10 del Convenio, en el pasaje en el que utiliza los parámetros aplicados en esta materia por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca que «la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión», cuya finalidad es «contribuir a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de "libre"» (STC n.º 136/1999, de 20 de julio).

En otro apartado de esta misma resolución se añade: «Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado "discurso del odio" son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

No existe, sin embargo, una definición unívoca de lo que deba entenderse como discurso de odio o, en la terminología anglosajona, «hate speech».

Vaya por delante que, en un entendimiento cabal de los principios de última ratio y de intervención mínima, el Legislador no ha podido pretender una sanción penal para cualquier expresión de lo que, en definitiva, es un sentimiento humano como el odio. Como señala de forma muy expresiva la STS n.º 4/2017, de 18 de enero, «entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo».

Una delimitación hermenéutica del discurso del odio debe partir de la constatación de que este concepto presenta un origen y evolución fuertemente condicionados por la experiencia histórica de cada país, conformada –entre otras– por las circunstancias

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

sociales, económicas y religiosas, e incluso las políticas. Así, existe un consenso generalizado en que la conciencia colectiva sobre las conductas de odio surge a partir de la Segunda Guerra Mundial y evoluciona como respuesta frente al fascismo, el nazismo, el antisemitismo o el comunismo. Posteriormente se puso de manifiesto por motivos racistas o de segregación racial, para concretarse más adelante en torno a conflictos étnicos o mediante la utilización de métodos terroristas como instrumento para la consecución de fines políticos. En la actualidad, el discurso del odio se expresa en diversas formas como la homofobia, la transfobia, la discriminación sexista o de género, la xenofobia derivada de los movimientos migratorios, o la intolerancia religiosa, sin obviar manifestaciones como la romafobia (el odio a la etnia gitana), la mesofobia (el odio a la mezcla o la interculturalidad), la aporafobia (el odio al «pobre», o persona sin recursos o en riesgo de exclusión social) o la gerontofobia (el odio a las personas mayores).

La preocupación por este fenómeno, en sus diversas variantes, se ha venido traduciendo en numerosos textos normativos de carácter internacional en los que se ha ido conformando el concepto de discurso del odio. Deben destacarse, en este punto, la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965. Igualmente hay que mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966 (en adelante, PIDCP) que, en su art. 20.2, dispone que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley», la Declaración y Programa de Durban de 2001, la Conferencia del Examen de Durban de 2009 y la Recomendación 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, CERD) de las Naciones Unidas de 26 de septiembre de 2013.

Con una finalidad interpretativa, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI) del Consejo de Europa, en su Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, definió la incitación al odio como «todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, entre otras, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante».

También en el seno del Consejo de Europa, conviene recordar el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia (más comúnmente conocida como Convención de Budapest del 2001), relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 (Instrumento de ratificación BOE n.º 26, de 30 de enero de 2015).

Sin embargo, el texto más específicamente referido a esta materia es la DM 2008/913/JAI, ya citada. Conforme a lo dispuesto en su art. 1, el discurso del odio se integra por varias conductas cuyo eje se centra en «la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico», incluyendo también las conductas de «apología pública, negación o trivialización flagrante» de crímenes contra la humanidad.

Más recientemente, la ECRI ha elaborado la Recomendación de Política General N.º 15 (en adelante, RPG 15), de 8 de diciembre de 2015, relativa a la lucha contra el discurso del odio. En los considerandos de este texto se hace una definición amplia que recoge diversas conductas. Inicialmente se entiende como discurso del odio el «fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales». Del mismo modo, se reconoce que el discurso del odio puede «adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas» de los crímenes contra la humanidad. Para, finalmente, señalar que también «puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto».

En el ámbito nacional, la STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre, después de afirmar que la doctrina del TEDH define el discurso del odio como «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular», exige la presencia de, al menos, un «peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma» o una «incitación indirecta a la comisión de delitos» o una «provocación de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia», como elementos necesarios para considerar «constitucionalmente legítimo» castigar penalmente las conductas del negacionismo y de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, respectivamente.

Con posterioridad la STS n.º 259/2011, de 12 de abril, incidió en esta exigencia, al destacar que la difusión de ideas o doctrinas excluyentes son perseguibles penalmente en cuanto que suponen «un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra determinados grupos o sus integrantes como tales».

Esta doctrina, que vincula el discurso de odio con la incitación a la comisión de hechos violentos o específicos ya resultó superada por la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016.

La STEDH de 16 de julio de 2009, Féret contra Bélgica, afirma que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia».

Igualmente, la STEDH Vejdeland y otros contra Suecia, de 9 de febrero de 2012, señala que «... El Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo… Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación... son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población».

En fecha más reciente, la STS n.º 72/2018, de 9 de febrero, entiende que la inclusión de unas ofensas en el discurso del odio «ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad».

No obstante, todo lo expuesto, el discurso del odio no presenta unos contornos uniformes en los ámbitos nacional e internacional, tanto en la vertiente normativa –a través de la descripción de las conductas o de los motivos de discriminación–, como en la exigencia interpretativa sobre la mayor o menor publicidad de los actos o sobre la concreción de la relevancia o el peligro para la afectación del bien jurídico protegido.

Esta indefinición puede estar motivada por el hecho de que se trata de un concepto esencialmente valorativo, que debe estar apegado a una realidad social que, como tal, es cambiante.

A pesar de esta dificultad intrínseca y sin perjuicio del análisis concreto de los requisitos típicos recogidos en las diversas figuras delictivas descritas en el art. 510 CP, se considera –como pauta de interpretación general– que el denominado discurso del odio punible está caracterizado por las siguientes notas:

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

En primer lugar, la posibilidad de que se manifieste en una pluralidad de conductas. Aquí se engloban, con carácter general, la promoción o difusión de ideas u opiniones; la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad.

En segundo lugar, la relevancia de esa conducta. No se persiguen las meras ideas u opiniones, sino sólo aquellas conductas que infrinjan el bien jurídico protegido o que sean susceptibles de generar un riesgo o peligro para el mismo.

En tercer lugar, la motivación discriminatoria. Se trata de un elemento absolutamente esencial, que lo distingue de cualquier otra figura delictiva. No toda agresión es delito de odio, aunque denote un cierto desprecio hacia la víctima. La conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes. Lo que se sanciona es el odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente.

En ese contexto, el discurso del odio pretende dotar de una apariencia de legitimidad, coherencia, necesidad o justificación, a todo trato discriminatorio de una persona que, como víctima de esa manifestación de odio, no puede ser marginada en favor de una supuesta libertad de expresión de una persona que carece de la más elemental consideración hacia otro miembro de su misma especie. Dicho de otra forma, la libertad de expresión no puede situarse por encima de la dignidad de otro ser humano.

En definitiva, para apreciar la existencia de este tipo de delitos tal y como señala la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC n.º 112/2016) y del Supremo (STS n.º 31/2011, de 2 de febrero) es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas. Igualmente hay que tener en cuenta el contexto y las circunstancias que concurren en cada caso, todo ello conforme a la doctrina marcada por el Tribunal Supremo (SSTS n.º 299/2011, de 25 de abril y 106/2015, de 19 de febrero) que exige, cuando está en juego la libertad de expresión del art. 20 CE, una labor de investigación individualizada, con un riguroso análisis, que caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas, y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio «favor libertatis» debe jugar, necesariamente, en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad democrática.

La ECRI, en su citada Recomendación n.º 15, recogiendo los criterios del Plan de Acción de Rabat de Naciones Unidas para fijar el umbral que permita establecer adecuadamente qué tipo de expresiones constituyen delito, establece los siguientes (apartados 15 y 16): (a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y (f) la

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

Como colofón a todo lo anterior, la STS n.º 646/2018, de 14 de diciembre, establece que «La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas. b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiria excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 Cp), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. e) el ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria mesura».

2.3 Naturaleza jurídica de los delitos de odio.

Los delitos de odio se configuran como delitos de peligro abstracto, con la única excepción de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP. En los delitos de peligro abstracto se anticipa la barrera punitiva adquiriendo entidad propia aquellas conductas que generan un riesgo para bienes jurídicos relevantes en el sistema democrático. La jurisprudencia es reiterada en este sentido.

Así, la STS n.º 259/2011, de 12 de abril, exige la concurrencia de «un peligro real para los bienes jurídicos protegidos», es decir, «no es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante». En el mismo sentido, la STS n.º 378/2017, de 25 de mayo, señala que «la sanción penal (…) supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión (…) en la medida en que pueda[n] ser considerada[s] como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Y también la STS n.º 600/2017, de 25 julio, se refiere a este elemento para descartarlo en el caso concreto.

Esta tesis se reitera en la STS n.º 72/2018, de 9 de febrero, cuando destaca en relación con el art. 510 CP que se trata de un «tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia [y] por eso considerado lesivo» (FJ único). En el mismo sentido se pronuncia la STS n.º 79/2018, de 15 de febrero, con cita de la STC n.º 112/2016.

Por otro lado, la STS n.º 259/2011, de 12 abril, ya citada, se planteó si «lo que debe ser valorado como peligroso es lo difundido, o bien la difusión en relación con lo difundido», concluyendo que «la existencia del peligro (…) depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

valorarse la sociedad o el ámbito social al que se dirigen los actos cuestionados». Sin duda, en función del momento histórico o de las circunstancias sociales en que se manifiesta la conducta, una determinada idea u opinión puede generar o no un riesgo para los bienes jurídicos protegidos. Es decir, dependiendo del contexto, un mismo hecho puede encontrar o no un «caldo de cultivo» adecuado para mover los sentimientos o las conductas de terceros hacia una dirección peligrosa para los individuos o el colectivo afectado. No se trata, por tanto, «de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro». De esta forma, no basta con la mera difusión, sino que es precisa «la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege».

En definitiva, empleando las palabras de la STS n.º 335/2017, de 11 de mayo, es necesario que la conducta delictiva alimente «un clima favorable a la reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartean los pilares del Estado de Derecho».

Por todo ello, los/las Sres./Sras Fiscales defenderán que este tipo penal, salvo en el caso de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP, se estructura bajo la forma de peligro abstracto, que no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes.

2.4 Sujeto pasivo de los delitos de odio.

Los delitos de odio afectan a un sujeto pasivo que presenta unas características propias que diferencian estas conductas de otras idénticas o similares. Una agresión o una vejación se configuran como delito de odio si se dirigen contra un determinado grupo o individuo, precisamente por formar parte del mismo. Ello enlaza con la motivación discriminatoria que, en realidad, es lo que define la esencia del delito de odio y que será objeto de análisis en el apartado siguiente.

Este carácter colectivo del sujeto pasivo ya se expresaba en la STC n.º 214/1991, de 11 de noviembre, cuando afirmaba que «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean».

Lo que interesa destacar, por su relevancia a estos efectos, es que la conducta delictiva ha de realizarse frente a un «grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél», según el tenor literal del vigente art. 510 CP.

Respecto a la redacción anterior del art. 510.1 CP, el legislador ha modificado la descripción del colectivo de referencia, que anteriormente eran «grupos o asociaciones», y ha añadido la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada. El objetivo, sin duda, ha sido ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del precepto, evitando posibles resquicios derivados de una interpretación restrictiva del mismo.

Los colectivos a los que se refiere el artículo 510, al igual que los expresados en el art. 22.4.ª CP, deben entenderse como numerus clausus, no siendo posible su aplicación a otros distintos. Así, no se incluye la aporofobia, ni la gerontofobia. En estos casos se deberá estudiar si cabe la aplicación del art. 173 CP, u otras agravantes, como puede ser el abuso de superioridad.

El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos.

Se trata, por tanto, de un sujeto pasivo plural, que puede ser concretado en una parte del grupo o en un individuo, pero siempre por referencia a un colectivo.

2.5 Tipo subjetivo de los delitos de odio.

Los delitos de odio se configuran como tipos delictivos dolosos. No se exige un ánimo específico, sino que basta con el dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a esa comprensión. La jurisprudencia también es reiterada en este sentido.

Las SSTS n.º 820/2016, de 2 de noviembre y 846/2015, de 30 de diciembre, señalan a este respecto que «no es exigible una especie de "animus" singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar» a los concretos destinatarios de la acción «como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio». Además, y haciendo un paralelismo con los delitos de injuria y calumnia, afirman abiertamente que «la doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales» en estos delitos, «levantadas sobre una frágil base gramatical» (el término «en» interpretado en clave finalística). La teoría del «animus injuriandi» en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico, aclarando, a continuación, que «cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio». Esta doctrina, expuesta al hilo de conductas de vejación de víctimas del terrorismo (art. 578 CP), ha sido posteriormente ratificada y aplicada expresamente a los casos de delitos de odio del art. 510 CP.

Así, la STS n.º 72/2018, de 9 de febrero, señala que «tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto».

No se puede desconocer la dificultad que, tradicionalmente, ha existido para valorar la concurrencia de un sentimiento tan íntimo como es la intención que guía al sujeto activo de un hecho delictivo, para lo que debe recurrirse al juicio de inferencia a través de la prueba indiciaria. A tal efecto, la propia STS n.º 72/2018 aporta algunos parámetros que pueden servir para identificar la presencia del dolo. En ese caso concreto se trataba de expresiones vertidas a través de redes sociales, en distintas fechas, objetivamente agresivas y sin una reacción concreta a un estímulo externo. En este punto, la sentencia constata la existencia del dolo pues no se trataba de «una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar». Por su parte, la STS n.º 846/2015, de 30 de diciembre, matiza que aunque la utilización de los medios de comunicación de la mano de las TICs «aceleren la difusión de mensajes escritos hasta acercarlos en su dinámica a las manifestaciones verbales por su rápida génesis y transmisión inmediata, sigue siendo factor relevante a la hora de evaluar el tipo subjetivo y el contexto que se trate de expresiones escritas: exigen en todo caso cierta mayor reflexión pues se prestan a ser releídas antes de la difusión».

Por lo tanto, una primera aproximación al estudio del tipo subjetivo obliga a analizar los hechos en su contexto. En el caso, muy habitual, de expresiones vertidas por escrito en las redes sociales habrá que valorar, en primer lugar, que la propia escritura permite una cierta reflexión sobre lo que se escribe, por lo que no es asumible de forma acrítica la alegación de la reacción espontánea o incontrolable; en segundo lugar, la propia conciencia de la utilización de un medio idóneo para alcanzar una mayor difusión del

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

mensaje; en tercer lugar, la reiteración o no de la conducta, en la misma o en distintas fechas; y, finalmente, que se trate de expresiones objetivamente humillantes, agresivas o hirientes, que no admiten una posible interpretación racional diferente de una mera expresión de odio o discriminación.

No obstante, habrá de tenerse en cuenta los supuestos en que el comentario es efectuado en foros o chats creados específicamente con la finalidad de publicar en ellos expresiones o manifestaciones contra los grupos de personas a que se refiere al art. 510 C.P. En estos casos, aun cuando sea un único comentario, puede y debe valorarse que aquél se ha publicado, precisamente, en un chat de estas características.

Al margen de todo lo anterior, a la hora de abordar el tipo subjetivo de los delitos de odio, adquiere especial relevancia el elemento de la motivación, que caracteriza de forma singular a estas infracciones penales. En efecto, como es conocido, una cosa es la intención y otra, diferente, la motivación. En los delitos de odio el sujeto activo ha de actuar con conocimiento y voluntad de cometer el hecho típico (dolo), pero sólo es responsable penalmente si, como ya se expuso anteriormente, la conducta se realiza por un motivo de odio o discriminación contra determinado grupo o alguno de sus integrantes (motivación). Se trata de un elemento subjetivo tendencial que se ha introducido en la descripción típica de la acción y que, como tal, ha de concurrir para que ésta pueda ser perseguida penalmente.

En este punto, el nuevo art. 510 CP concreta el listado de situaciones que pueden integrar la motivación discriminatoria. Son los denominados por la doctrina como «grupos diana». Se trata de los siguientes: «motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

El CP amplía el abanico de motivos discriminatorios recogidos en el art. 1.1.a) DM 2008/913/JAI, que sólo alude expresamente a la «raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». Por el contrario, la norma española no contempla expresamente el «color» ni la «ascendencia».

Por otro lado, la reforma del año 2015 introdujo en el art. 510 CP algunas variaciones en la descripción del elemento subjetivo. En primer lugar, se añaden a los motivos la pertenencia del sujeto pasivo a una «nación» junto a una etnia o raza, manteniendo también como diferenciado el «origen nacional». En segundo lugar, se incluye «la identidad sexual» junto a la ya anteriormente prevista «orientación sexual». En tercer lugar, como ha sido elemento común en la reforma penal operada por la LO 1/2015, se sustituye el término «minusvalía» por el de «discapacidad», en consonancia con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Con la finalidad de aclarar posibles dudas interpretativas, se procederá al análisis sucinto de los motivos discriminatorios contemplados en la norma.

a) Motivos racistas.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969) define la expresión discriminación racial como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública» (art. 1.1).

b) Motivos antisemitas.

La RPG n.º 15 ECRI define el antisemitismo como «el prejuicio, odio o discriminación contra los judíos como grupo étnico o religioso». Se trata de un fenómeno «sui generis»,

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

puesto que abarca una combinación excepcional de formas diversas discriminación por motivos étnicos, religiosos, culturales, sin descartar los de tipo económico y político.

c) Motivos referentes a la ideología, religión o creencias.

La ideología, señalan algunos autores, viene referida exclusivamente al ámbito político, es decir, a las distintas concepciones sobre la forma de organización de un Estado, por la forma en que la víctima cree que debe ser la organización del modelo político. Desde esta perspectiva la ideología incluiría cualquier creencia en una determinada forma de organización política del Estado: ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República federal, su disolución y creación de otros Estados independientes, o cualesquiera otras formas de organización política.

Ello, no obstante, la ideología puede exceder del ámbito exclusivamente político. En efecto, puede también referirse al sistema social, económico e incluso al cultural. Es cierto que la ideología referida a estas facetas puede y suele tener su cauce de expresión a través de la ideología política, pero no tiene por qué ser siempre así. Cabe la posibilidad, a modo de ejemplo, de que el sujeto pasivo sea un grupo ecologista, un grupo feminista o una organización de protección de los derechos de los trabajadores o de defensa de los inmigrantes, todos ellos sin adscripción política expresa.

La motivación por la religión o las creencias se reserva para los dogmas o doctrinas referentes a la divinidad, a una concepción del mundo en clave espiritual o trascendente, o a un sistema ético o moral.

En estos conceptos también han de incluirse las convicciones ateas o agnósticas. Como señalan las sentencias del TEDH de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis contra Grecia, y de 15 de enero de 2013, Eweida y otros contra Reino Unido, la libertad de pensamiento, conciencia y religión protege «los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también es un bien preciado por los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes».

Finalmente, aunque la religión no aparece en la definición de discriminación racial contenida en el art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General n.º 35 sobre la Lucha contra el discurso de Odio Racista (CERD/C/GC/35, de 26 de septiembre de 2013), reconoce que el discurso de odio se extiende al «dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo».

d) Situación familiar.

El art. 23.1 PIDCP establece que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». En coherencia con lo anterior, el art. 39.1 CE señala que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

La definición de familia, sin embargo, se ha ido modulando progresivamente en función de la evolución histórica y social de cada comunidad, admitiendo formas de organización diversa. El TEDH ha reconocido que la noción que se recoge en el art. 8.1 CEDH («toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar») no se limita a la fundada en vínculos matrimoniales y acoge otras situaciones de hecho (STEDH de 26 de mayo de 1994, Keegan contra Irlanda).

Sea como fuere, bajo esa denominación de «situación familiar» se pueden englobar las conductas que discriminen por razón de la filiación, del estado civil o de cualquier otra condición, actividad, expresión o creencia de los familiares, tutores, adoptantes, o personas encargadas de la guarda o acogimiento.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

e) Pertenencia de sus miembros a una etnia o raza.

Tal y como expresa la STEDH de fecha 13 de diciembre de 2005, Timishev contra Rusia, «La etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales». Por lo tanto, el concepto raza hace referencia a cuestiones de índole físico o biológico, mientras que la noción de etnia es más amplia por cuanto abarca aspectos de naturaleza cultural o social.

f) Nación u origen nacional.

La introducción «ex novo» del término «nación» no ha impedido mantener el «origen nacional» –recogido con anterioridad en el precepto– de forma diferenciada. El origen nacional debe interpretarse como lugar de nacimiento o procedencia, ya que puede tratarse de una nación distinta de aquella a la que actualmente se pertenezca o en la que se resida.

El origen nacional responde al concepto de «ascendencia» de la DM 2008/913/JAI.

g) Sexo, orientación o identidad sexual.

La RPG n.º 15 ECRI define la «orientación sexual» como «la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas». De lo que se deduce su diferencia conceptual con el «sexo», entendido éste como sexo biológico, y con la identidad sexual.

En efecto, de nuevo la RPG n.º 15 ECRI se refiere a la identidad de género como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medio médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales». En definitiva, la identidad sexual debe entenderse como la forma que cada persona siente que se define sexualmente, con independencia del sexo biológico.

h) Razones de género.

Como recuerda el Preámbulo de la LO 1/2015, la palabra «género» ha de ser entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. En ese documento se define el género como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». En este sentido, se habría manejado un concepto social o cultural del género que puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

No obstante, hoy en día está ampliamente aceptado que la mención al «género» ha de entenderse referida a las mujeres. Y en tal sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 («BOE» 21/03/1984), define la discriminación contra la mujer como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera» (art. 1).

La STS 565/2018, de 19 de noviembre, dice: «En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma, es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia. Es por ello que responden a fundamentos distintos y pueden aplicarse de manera conjunta respecto de un mismo supuesto, siempre que en el relato fáctico de la Sentencia se hagan constar los hechos que dan lugar a la aplicación de una y otra».

i) Razones de enfermedad.

La RAE define el término enfermedad como «alteración más o menos grave de la salud». El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) define el término «salud» como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

Estas nociones, sin embargo, son demasiado amplias. La enfermedad como categoría de discriminación contemplada en el precepto penal parece limitarse a la de carácter permanente o duradero, como sostienen algunos autores. El caso más común, aunque no el único, es el de quienes actúan por odio discriminatorio a personas portadoras del VIH (en este sentido, Resolución 1536 [2007], de 25 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre VIH/Sida en Europa).

j) Razones de discapacidad.

En este punto habrá que remitirse a la interpretación recogida en el art. 25 CP, según el cual:

«A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

Finalmente hay que señalar que la ausencia de una cláusula general de cierre que abarque otras situaciones o circunstancias personales o sociales, y la aplicación de principios básicos del Derecho Penal como la interpretación restrictiva y la taxatividad de los tipos penales, impide aplicar el art. 510 CP a supuestos distintos de los previstos expresamente en este precepto.

Al igual que ocurriera con el elemento doloso, la concurrencia de una motivación de odio o discriminación ha de acreditarse normalmente a través de parámetros indiciarios, que serán objeto de especial tratamiento en el apartado siguiente.

2.6 Criterios generales para valorar la existencia de un móvil de odio.

En los apartados anteriores ya se han descrito algunas coordenadas que posibilitan una adecuada contextualización del fenómeno de los delitos de odio, que serán

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

complementadas con algunos ejemplos concretos cuando se aborde el estudio de cada figura delictiva a fin de proporcionar pautas para determinar cuándo procede promover actuaciones penales.

Lo que ahora se pretende, en consonancia con uno de los objetivos básicos de esta Circular, es exponer de forma sistematizada algunos parámetros o indicadores generales que, en la práctica, permitan a los Sres. Fiscales valorar la presencia o no de un delito de odio, con independencia de su concreta modalidad.

En todo caso, la constatación de uno o varios de los indicadores que se analizarán sugiere la existencia de un móvil de odio o discriminación que, como tal, habrá de ser confirmado o descartado a través de la correspondiente investigación.

En este sentido, hay que recordar la STEDH de 20 de octubre de 2015, Balazs contra Hungría, que fijó como criterio que «cuando se investiguen incidentes violentos, las autoridades del Estado tienen la obligación adicional de tomar todas las medidas razonables para descubrir cualquier motivación racista y determinar si el odio o los prejuicios étnicos han intervenido o no en los acontecimientos». En esta línea, la ya citada RPG n.º 15 hacía «hincapié en la necesidad de que se investiguen de forma rápida y eficaz las denuncias de empleo de estas expresiones –de incitación al odio– y de evitar toda interpretación restrictiva indebida de las disposiciones referentes a su uso».

A tal efecto, los indicadores de odio, también denominados de «polarización radical», se pueden agrupar en tres grandes grupos: la víctima, el autor, y el contexto.

a) La víctima de la infracción.

El testimonio de la víctima siempre es relevante en cualquier hecho delictivo, pero en infracciones tan valorativas como las que nos ocupan la figura de la víctima se convierte en el eje central desde el que orientar toda la actividad de investigación.

A tal efecto, habrá que tener en cuenta los siguientes factores:

– La percepción que la propia víctima pueda expresar sobre el origen o motivo de la conducta. No se trata de que la persona deba haberse sentido afectada por la acción punible para que ésta encaje en el tipo penal –pues ya vimos que nos hallamos ante delitos de mera acción– pero indudablemente, para valorar la lesividad de la conducta, su percepción es un relevante elemento valorativo, por lo que los Sres. Fiscales la tendrán especialmente en cuenta para evaluar la antijuridicidad de los hechos.

– Su pertenencia a un colectivo de los descritos en el tipo penal o a las asociaciones que tengan por objeto el apoyo o solidaridad con esos colectivos.

– Las relaciones personales, familiares, laborales o de amistad con personas relacionadas con esos colectivos.

b) El autor del hecho.

Sin caer en la doctrina proscrita del «derecho penal de autor», las características o circunstancias que rodean a la persona denunciada o presunta autora del hecho pueden ofrecer datos indicativos de la existencia de un móvil de odio o discriminación en la conducta realizada. Entre otros, se pueden destacar los siguientes:

– Los antecedentes penales o policiales por conductas similares, como pudieran ser sanciones basadas en la Ley de Seguridad Ciudadana por manifestaciones «ultras» o sanciones por violencia en el deporte, etc.

– El análisis de sus comunicaciones en las redes sociales (hilos de conversaciones en chats, vídeos difundidos, etc.), anteriores y posteriores a los hechos, así como su número de seguidores. Este análisis puede hacerse sin necesidad de autorización judicial sobre las «redes abiertas» que utilice el investigado.

– Las frases o gestos que haya podido expresar en el momento de cometer los hechos.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

– Su integración en grupos caracterizados por su odio o por la promoción de la violencia contra determinados colectivos o ideas (ideología neonazi, homófoba o xenófoba, radicalismo religioso, grupos ultra deportivos, colectivos antisistema, las denominadas «bandas latinas», etc.), y su posición de relevancia pública o liderazgo en los mismos.

Para determinar esa pertenencia, cuando no sea directamente reconocida por el afectado, pueden tomarse como elementos de valoración, siempre dentro de una adecuada ponderación, elementos externos que porte el sujeto (tatuajes, vestuario, peinados…) que en el uso social se identifiquen con esos grupos a los que se asigna su pertenencia.

– Instrumentos utilizados o que se porten (banderas, bufandas, pancartas) asociados a alguno de esos grupos.

c) El contexto en el que se desarrolla la acción.

La casuística puede ser muy variada pero algunos criterios pueden ser relevantes para orientar la investigación, al menos inicialmente, hacia alguna de las modalidades de delito de odio. Así:

– La aparente irracionalidad, falta de justificación o gratuidad de los actos.
– La ausencia de relación previa entre agresor y agredido.
– La presencia de una relación de enemistad manifiesta o histórica entre los colectivos a los que pertenecen.
– La fecha o el lugar de los hechos, que sea simbólica para un colectivo (una conmemoración o un lugar de culto).

En casos de especial gravedad o complejidad puede revestir particular importancia la utilización de la denominada «prueba pericial de inteligencia», cuyo encaje se encuentra en el art. 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para adentrarse en las entrañas de determinados colectivos que, precisamente por la opacidad en la que desarrollan sus conductas ilícitas, no permiten contar con otras fuentes de prueba más habituales. Sobre los requisitos de esta prueba, las SSTS n.º 984/2016, de 11 de enero de 2017, 786/2003, de 29 de mayo y 783/2007, de 1 de octubre, destacan las siguientes notas: «1.º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales; 2.º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos (…); 3.º) Aunque se trata de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias; y 4.º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente, sin que por ello puedan ser considerados como documentos a efectos casacionales».

3. El delito del art. 510.1.a) CP: fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia

El art. 510.1.a) CP sanciona a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

El núcleo de la tipicidad consiste en la acción de «fomentar», «promover» o «incitar» al «odio, hostilidad, discriminación o violencia», siempre que se dirija contra un grupo, parte del mismo o alguno de sus integrantes, por los motivos discriminatorios ya analizados.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

En lo relativo a la acción, con la nueva redacción del precepto se pierde por completo el vínculo con la provocación definida en el art. 18.1 CP. El verbo típico ya no es «provocar», sino «fomentar», «promover» o «incitar», puede hacerse «directa o indirectamente» y, además, la conducta a la que se incita no necesariamente debe ser constitutiva de delito.

En efecto, el objeto de la incitación puede ser la discriminación, el odio o la violencia, a lo que se añadió por LO 1/2015, la «hostilidad».

La RPG n.º 15 ECRI define odio como «emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo», y violencia como el «uso deliberado de la fuerza física o el poder contra una persona, o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones».

Por su parte, el término hostilidad es definido en la misma RPG n.º 15 ECRI como «una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo», mientras que la STS n.º 259/2011, de 12 de abril, considera que puede ser entendido como un estado previo a la violencia, es decir, como «clima (…) que pueda concretarse en actos (…) de violencia, odio o discriminación».

En cuanto al concepto de discriminación, fundado en las principales Convenciones Internacionales, puede encontrarse en el apartado 44 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/67/357, de 7 de septiembre de 2012), que lo define como: «Toda distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública».

En el ámbito nacional, la jurisprudencia del TC viene distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos siempre que concurran supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental contenida en el inciso segundo, que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado –STC n.º 75/1983, de 3 de agosto–.

Es frecuente la distinción entre discriminación «directa» e «indirecta», en función de que la situación desfavorable se produzca por un acto concreto o a través de alguna disposición, norma o criterio aparentemente neutro que coloque a la víctima en una situación de desventaja. Algunos ejemplos vienen expresamente definidos en el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Del mismo modo, el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, contiene varias definiciones relevantes en esta materia en sus apartados c) y d), tales como la discriminación directa e indirecta, a la que se suma la modalidad «por asociación» en el apartado e), es decir, por razón de las relaciones que se mantengan con un determinado colectivo.

Sea como fuere, la nueva redacción del art. 510.1.a) CP ha creado un tipo con un alcance sancionatorio más amplio que el demandado por la DM 2008/913/JAI, puesto que ésta no se pronuncia sobre si la incitación ha de ser directa o indirecta, ni contiene los verbos «fomentar» o «promover». Además, el Legislador español ha decidido no hacer uso de los elementos restrictivos mencionados en el art. 1.2 de la citada DM 2008/1913/JAI, en virtud del cual, los Estados miembros «podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes».

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

Como consecuencia de la reforma penal del 2015, se adelanta la barrera de protección penal a la fase del «iter criminis» que se ha considerado de aptitud suficiente para la puesta en peligro del bien jurídico protegido, incluida la incitación pública por cualquier medio a un sentimiento destructivo por motivos discriminatorios como es el que fundamenta el llamado discurso del odio.

Por lo tanto, no basta con expresar ideas u opiniones «odiosas», sino que será necesario que se inste o se anime a la ulterior comisión de hechos discriminatorios, de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo.

Conforme a la nueva redacción no se exige la incitación a un acto delictivo, ya que el odio o la hostilidad son sentimientos que no necesariamente pueden reconducirse a figuras tipificadas penalmente. Del mismo modo, no es necesario que se promueva la realización de un acto concreto, puesto que basta la incitación indirecta.

Ahora bien, la incitación indirecta deberá tener la potencialidad suficiente para poner el peligro a los colectivos afectados. Por ejemplo, no puede entenderse típico difundir la noticia falsa de que los inmigrantes colapsan los servicios sociales.

Para el caso de que, tras una incitación directa, otras personas realicen el hecho delictivo concreto al que se ha orientado la incitación, la conducta podrá ser perseguida como inducción del art. 28, párrafo segundo, apartado a) CP, con la agravante, en su caso, prevista en el art. 22.4.ª CP. Estos supuestos se castigarán únicamente como inducción, al existir un concurso de normas (artículo 8.3.ª del Código Penal), quedando el delito de odio absorbido por el tipo penal inducido.

En todo caso, la incitación ha de ser pública. De esta forma, queda claro que no se persigue la mera idea o la opinión odiosa. Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico protegido mediante la exteriorización de esa idea u opinión ante terceros. Como luego se analizará, no debe confundirse la difusión pública con la utilización de medios de comunicación o redes sociales, cuya concurrencia dará lugar, en su caso, a la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 510.3 CP.

La utilización indistinta y en forma plural de los verbos «fomentar», «promover» o «incitar» supone que cualquiera de las conductas es suficiente para integrar el tipo penal. En principio, una sola acción podría ser constitutiva de delito, siempre que se colmaran los elementos típicos. A su vez, la realización de diversas acciones puede entenderse como constitutiva de un solo delito, valorándose en tal caso la concurrencia de un dolo unitario para la infracción del mismo bien jurídico protegido (piénsese, por ejemplo, en diversos discursos pronunciados en un lapso temporal conexo, cuya reiteración es lo que determina precisamente la propia relevancia penal de la incitación). Lo mismo ocurriría en el caso de una o diversas acciones cometidas por más de un motivo discriminatorio, si va dirigido a un colectivo concreto (por ejemplo, contra extranjeros homosexuales). De nuevo, el dolo unitario impediría apreciar la existencia de varios delitos.

Cuestión distinta sería la realización de varias acciones contra colectivos diversos y/o por motivos diferentes. El carácter personalísimo del bien jurídico protegido (la dignidad de la persona) impediría la apreciación de un delito continuado (por aplicación de lo dispuesto en el art. 74.3 CP). En estos casos la calificación sería la de concurso real de delitos, a sancionar conforme a los criterios expuestos en los arts. 73 y concordantes CP.

Estas reglas concursales son aplicables, «mutatis mutandis», a todas las figuras delictivas recogidas en el art. 510 CP, con las excepciones que se irán indicando en algunos supuestos.

Ejemplos concretos de conductas que se han considerado como de «incitación» se pueden encontrar en diversas sentencias del TS que, en su mayoría, se refieren a delitos de enaltecimiento del terrorismo o humillación de sus víctimas (art. 578 CP), pero que pueden ser extrapolables a las infracciones de odio. Lo relevante en todas ellas es que se insta a la ejecución de actos violentos o vejatorios contra un determinado colectivo o integrante del mismo. Así, entre otras, se pueden mencionar las siguientes:

– STS n.º 79/2018, de 15 de febrero: «merece una bomba de destrucción nuclear», «un pistoletazo en la frente de su jefe está justificado», «siempre queda esperar a que le

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

secuestre un GRAPO», «queremos la muerte para estos cerdos», «le arrancaré la arteria y todo lo que haga falta».

– STS n.º 335/2017, de 11 de mayo: «eres el ejemplo perfecto de lo que no debería ser una mujer. Lástima que no haya ETA para que sea la nueva (…)», y se cita el nombre de una víctima de ETA; «con despojos humanos como (nombre) caminando tranquilamente por las calles una verdadera lástima la disolución de ETA»; «es una verdadera lástima que (se cita la abreviatura de un Presidente del Gobierno) disolviera ETA ahora estaría matando maderos, políticos (de un determinado partido) banqueros y demás chusma indeseable»; «cuando estaba ETA (se cita el nombre de un partido político) no estaba tan crecidito igual va siendo hora de que vuelvan y peguen unos tiros».

– STS n.º 221/2017, de 29 de marzo: en el contexto de una conversación entre dos personas, en la que una de ellas publica una foto suya con un serrucho, el otro le dice «yo te ayudo hermano, a por quien hay que ir… jejeje», y tras cita de dos Presidentes de Gobierno de terceros países, se añade «me apunto a sacar tripas a esas ratas»; y también «si alguien coge y te lanza una piedra… tranquilo tu deja la piedra, no sea igual que él. No te rebajes a su altura. Mejor coge el machete y trocéalo».

– STS n.º 846/2015, de 30 de diciembre: se menciona el nombre de una víctima de ETA y se dice que «mejor muerto».

Finalmente, la STS n.º 72/2018, de 9 de febrero, en relación con un delito de odio (art. 510 CP) por razón de género, consideró como delictivas, entre otras, las siguientes expresiones: «53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas»; «(…) no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias»; «ya la he maltratado, tú eres la siguiente»; «a mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble».

4. El delito del art. 510.1.b) CP: elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia

El art. 510.1.b) CP sanciona penalmente a quienes «produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Este artículo no tiene precedente anterior a la reforma de 2015. Castiga una serie de comportamientos en relación con un objeto material determinado, siempre que éste sea idóneo para la realización de la conducta del art. 510.1.a) CP.

Conforme a los verbos típicos, las conductas punibles se pueden agrupar en dos bloques. Por un lado, la «producción» y la «elaboración», es decir, la fabricación del material. Por otro, la trascendencia frente a otras personas, mediante la «posesión con la finalidad de distribuir», la «facilitación del acceso a terceros», la «distribución», la «difusión» y la «venta».

El objeto puede ser cualquier escrito o soporte, debiendo englobar a los de carácter audiovisual o electrónico. Lo relevante es que su contenido sea objetivamente idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, parte del mismo o alguno de sus integrantes, por los motivos discriminatorios anteriormente descritos.

Se trata de comportamientos previos a los de la letra anterior y, por ello, aparentemente con un menor desvalor de la acción que, no obstante, tienen señalada la misma pena que la modalidad delictiva del art. 510.1.a) CP. La equiparación tiene su origen en una recomendación incluida en el informe del Consejo General del Poder

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica, en el que este órgano argumentaba que el prelegislador, al prever una pena más leve para estos casos, estaba confiriendo «un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas». Con posterioridad, el Consejo de Estado, en la misma dirección, entendió que «ha de notarse que algunas conductas del apartado 2.a parecen encajar con naturalidad en las previstas en el apartado 1.a (siempre del artículo 510), sin que se aprecien las razones que llevan a rebajar la penalidad».

Si el material no sólo es idóneo, sino que además se utiliza para fomentar el odio, la conducta queda integrada en el art. 510.1.a) CP, por aplicación del principio de progresión delictiva. Es decir, cuando una misma persona realiza las acciones típicas de los dos preceptos penales 510.1.a) y 510.1.b), se trataría de un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.3.ª CP.

El precepto excede de lo previsto en la DM 2008/913/JAI. Con arreglo al art. 1.1.b) de este texto los Estados miembros han de sancionar «la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales». La difusión de materiales aparece, así como una modalidad de incitación pública a la violencia, pero no como una conducta anterior, idónea para que esa incitación tenga lugar, que es lo que sanciona el tipo penal español. Por otra parte, la DM no menciona en momento alguno la producción o elaboración de esos materiales entre las conductas objeto de sanción.

De nuevo, la pretensión del Legislador español ha sido asegurar la criminalización de conductas que hasta ese momento eran consideradas impunes por nuestros Tribunales, al entender que no reunían los requisitos típicos del art. 510.1 CP (en su redacción anterior) de acuerdo con la exégesis restrictiva del tipo que se venía realizando. Como argumentaba la STS n.º 259/2011, de 12 de abril, en aplicación de la doctrina expuesta en la STC 235/2007, tratándose de editores o libreros, la posesión de ejemplares de temática discriminatoria y excluyente con la finalidad de proceder a su venta o a su distribución «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que (…) se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos (…) y sin que (…) se venga a generar un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquéllos» (FJ 10).

Todas estas consideraciones deberán ser tenidas en cuenta por los Sres. Fiscales, prestando especial atención al elemento teleológico del tipo penal, supeditado a la aptitud del material para el fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia, que es el que determinará si la conducta es o no punible. En este sentido y dado que el tipo no exige que se haya consumado la distribución, se deberá extremar la cautela ante determinados comportamientos, muy particularmente en el caso de la posesión con la finalidad de distribución. Se trata de sancionar conductas que pongan en riesgo el bien jurídico protegido, es decir, cuando se puedan englobar en un contexto en el que sea factible generar un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados colectivos. Por ejemplo, –como apunta la STS n.º 259/2011, de 12 de abril– cuando se promocione o publicite el material, o se haga una defensa, recomendación o ensalzamiento de su contenido o de los métodos descritos en los mismos, etc.

Finalmente, los/las Sres./Sras. Fiscales habrán de valorar la concurrencia de finalidades artísticas, científicas o similares, a la hora de determinar la relevancia penal de los hechos, por aplicación del principio de ponderación de los bienes jurídicos en presencia de conformidad con lo expuesto en el apartado correspondiente de esta Circular.

Ello, no obstante, conviene poner de manifiesto que en ocasiones la aparente finalidad artística, humorística o satírica no puede amparar un ejercicio abusivo e irresponsable de la libertad de expresión. En este sentido la STEDH Dieudonné M'Bala

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

M'Bala contra Francia, de 20 de octubre de 2015, en la que el alto Tribunal estima un abuso de derecho plantear por el demandante una vulneración de su libertad de expresión alegando haber actuado con la condición de artista con derecho a eximirse mediante la sátira, el humor y la provocación. El Tribunal señala que, al amparo de una representación humorística, el demandante ha invitado a uno de los negacionistas franceses más conocidos, condenado un año antes por cuestionamiento de crimen contra la humanidad, para honrarle y darle la palabra. El TEDH ve una demostración de odio y de antisemitismo, así como la puesta en entredicho del holocausto. No puede aceptar que la expresión de una ideología que va en contra de los valores fundamentales del Convenio, tal cual lo expresa su preámbulo, es decir la justicia y la paz, sea equiparada con un espectáculo, aun satírico o provocador, que entraría en el ámbito de la protección del artículo 10 del Convenio.

5. El delito del art. 510.1.c) CP: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad

El nuevo art. 510.1.c) CP castiga penalmente a quienes: «Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

5.1 Consideraciones generales.

La nueva figura delictiva se corresponde con el art.1, apartados c) y d), de la DM 2008/913/JAI. El art. 1.c) de la DM recomienda que se castigue «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo».

El art. 1.d), por su parte, determina que «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945 (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad), dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra el grupo o un miembro del mismo».

La LO 1/2015 ha modificado de manera sustancial el art. 510 CP, tipificando en el nuevo art. 510.1.c) CP las conductas que con anterioridad a la reforma constituían el art. 607.2 CP. En la anterior redacción de este art. 607.2 CP se establecía la sanción para «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas» que «negaran» o «justificaran» el delito de genocidio, o «pretendieran» también «la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos», con una «pena de prisión de uno a dos años».

Se observan diferencias entre el precepto actual y su antecedente, que consisten en la omisión de la referencia a la «justificación», la introducción de los conceptos de «trivialización grave» y «enaltecimiento», y la punición de conductas relativas no sólo al genocidio sino también a los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (crímenes de guerra).

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

Como ya se ha indicado, el Preámbulo de la LO 1/2015 admitía que la reforma venía determinada, entre otras causas, por la STC n.º 235/2007, de 7 noviembre, que declaró inconstitucional la modalidad del mero «negacionismo» y que, si bien admitió la constitucionalidad de la «justificación», exigió que mediante esta conducta se generara, al menos, «una incitación indirecta» a la comisión de delitos contra el derecho de gentes o se provocare «de modo mediato a la discriminación, al odio o al a violencia» (FJ 9). En coherencia con este criterio, el Legislador ha introducido «in fine» la exigencia de que la conducta de negación sólo sea punible «cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación».

Por otro lado, en lo que se refiere al contenido de la DM 2008/913/JAI, cuya transposición se pretendía con la reforma de 2015, hay que advertir varias diferencias. Se castiga en el artículo 510.1.c) CP, junto a la negación, el enaltecimiento en lugar de la «apología». Y, además, se califica la conducta de trivialización como «grave» en vez de como «flagrante».

Cabe notar, como ya puso de manifiesto el Consejo de Estado, que la norma europea se refiere a «crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional», mientras que en el art. 510.1.c) CP se recogen los «delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado». Esta falta de concordancia es más aparente que real. La expresión «delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» ha de ponerse en relación con la rúbrica del Capítulo III del Título XXIV del Código, relativo precisamente a esa clase de delitos, y en el que se incluye el art. 614 CP que tipifica la conducta de quien, «con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (…)».

5.2 La definición de las conductas típicas.

El precepto exige realizar «públicamente» alguno de los siguientes tres comportamientos: «negar», «trivializar gravemente» y «enaltecer». Tales conductas se refieren a los delitos de «genocidio» (art. 607 CP), de «lesa humanidad» (art. 607 bis) o «contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (arts. 608 a 614 bis), todos ellos tipificados consecutivamente en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, bajo la común denominación de «Delitos contra la Comunidad Internacional».

La RPG n.º 15 ECRI define el enaltecimiento como «la alabanza o exaltación de una persona por haber hecho algo»; la negación del holocausto como «el acto de negar, cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial»; y la trivialización como referido a «hacer que algo parezca que no tiene importancia o es insignificante». Por otra parte, la definición de «genocidio», «crimen contra la humanidad» y «crímenes de guerra», se refiere a la lista de actos enumerados, respectivamente, en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 («BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

El Legislador no ha incorporado a la fórmula legal la conducta de justificación contenida en el precedente art. 607.2 CP. Sin embargo, se considera que existe una cierta proximidad entre la conducta de «justificar» y la de «trivializar gravemente», expresión que encierra también ese significado de rechazo o desprecio hacia la dignidad de las víctimas y de posible favorecimiento de una futura violencia o discriminación contra la mismas. La gravedad de la trivialización permite descartar conductas puntuales, irreflexivas o humorísticas. Lo que se sanciona es la injustificada minimización o la inaceptable disculpa de graves conductas contra el derecho de gentes.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

El enaltecimiento puede estar referido no sólo a los actos delictivos contra la humanidad, sino también a sus autores. Esta mención debe ser puesta en relación con la definición de autoría descrita en el art. 28 CP, al margen de cualquier consideración dogmático penal. Por lo tanto, incluye no sólo a los autores directos, mediatos, o coautores, sino también a los inductores y a los cooperadores necesarios, que serán «considerados como autores». Por consiguiente, se excluye el enaltecimiento del cómplice (art. 29 CP), pero ello sin perjuicio de que tal conducta adquiera relevancia penal por llevar ínsito el enaltecimiento del hecho mismo.

Como en el caso de la conducta prevista en el art. 510.1.a) CP, la acción ha de realizarse públicamente, pero no necesariamente a través de medios de comunicación social, cuya utilización dará lugar a la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 510.3 CP.

Finalmente, para que estas conductas reciban una respuesta penal es necesario que, en primer lugar, vengan referidas a alguno de los colectivos ya descritos, como en el resto de tipos penales contenidos en el art. 510 CP; y en segundo lugar, la concurrencia de un elemento tendencial que condiciona de forma significativa la tipicidad penal, como es que la negación, trivialización grave o enaltecimiento «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra el colectivo, grupo o integrante del mismo. Sobre la tipicidad subjetiva, la STS n.º 72/2018, de 9 de febrero, señala que «tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar».

5.3 La promoción o el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

El requisito legal de que las conductas típicas «promuevan» o «favorezcan» la violencia, hostilidad, odio o discriminación no debe interpretarse exclusivamente en un sentido subjetivo o intencional, como mera tendencia de quien expresa opiniones de odio con las que busca promover o favorecer el clima de hostilidad o discriminación, sino en sentido objetivo, es decir, que suponga una posibilidad de crear dicha situación. Sólo así se podrá entender afectado el bien jurídico protegido por la norma y, por lo tanto, legitimada la sanción penal, de acuerdo con la doctrina expuesta en la STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre. Se trata, en definitiva, de un delito de peligro abstracto o hipotético, de forma que exprese la idoneidad de los hechos para generar una situación objetiva de discriminación, odio, violencia u hostilidad.

Por ello, pese a la utilización de la expresión «clima», que adolece de una cierta indeterminación, los/las Sres./Sras. Fiscales tendrán en cuenta las circunstancias concurrentes a fin de valorar si las conductas analizadas en cada caso son susceptibles de generar o no una situación objetiva de peligro o riesgo de que se puedan cometer actos de violencia, hostilidad, discriminación u odio contra un determinado colectivo o una parte o individuo del mismo.

6. El delito del art. 510.2.a) CP: humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas

El art. 510.2.a) CP señala: «Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren,

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».

En el nuevo precepto se pueden distinguir dos tipos de conductas. En el primer inciso se contiene una infracción de resultado: «lesionar la dignidad» de determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, «mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito». El segundo inciso recoge una fórmula similar a la prevista en el art. 510.1.b) CP, es decir, la fabricación o la puesta a disposición de terceros, referida a un material que sea «idóneo para lesionar la dignidad» de esos mismos grupos o personas.

La STS n.º 656/2007, de 17 de julio, define el descrédito como la «disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas»; menosprecio como «equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén»; y humillación como «herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo» (FJ 2).

Con la tipificación de todas estas acciones el legislador español de nuevo amplía el ámbito de los comportamientos considerados delictivos más allá de lo sugerido por la DM 2008/913/JAI, en la que no aparecen expresamente contenidas.

En consonancia con el bien jurídico protegido en los delitos de odio, la dignidad de las personas se convierte en el eje central de esta figura del inciso primero, que es el objeto de la lesión causada a través de la humillación, el menosprecio o el descrédito. Lo relevante, en todo caso, es que se trata de una infracción de resultado, no de riesgo abstracto, hipotético o potencial. Como recuerda la STS n.º 752/2012, de 3 de octubre, (si bien en el ámbito del art. 578 CP) «la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE)» (FJ 3). Por lo tanto, siguen siendo de aplicación las consideraciones generales expuestas en esta Circular sobre la nula cobertura exculpatoria que, en estos casos, pueda alegarse que tenga el ejercicio de la libertad de expresión.

En la práctica será frecuente la concurrencia de este tipo con otras figuras delictivas que también protegen la dignidad de las personas frente a conductas de humillación o menosprecio, como el delito contra la integridad moral del art. 173 CP. En estos casos se produce un concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.1 CP, en el que la norma especial se considera que es el artículo 510.2.a) CP por su más específico y completo ámbito de protección.

No obstante, al tratarse de una infracción de resultado, los actos delictivos cometidos individualmente respecto de personas integradas en el colectivo serán castigados mediante las reglas generales previstas para el concurso ideal, en el caso de que pueda apreciarse un menoscabo de algún otro bien jurídico protegido. Por ejemplo, en el caso de una agresión física por motivo discriminatorio o de odio, realizada en términos tales que no sólo afectara a la integridad física del agredido sino a su propia dignidad, la conducta podría ser sancionada como delito de odio en concurso con un delito o delito leve de lesiones, por aplicación de lo dispuesto en el art. 77, apartados 1 y 2 CP.

En el segundo inciso del art. 510.2.a) CP se castigan las conductas de «producción», «elaboración», «posesión con finalidad de poseer», «facilitar a terceras personas el acceso», «distribución», «difusión» o «venta» de escritos o materiales que «por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito» de los grupos, partes o integrantes de los mismos».

Esta infracción sí debe ser considerada como de peligro abstracto para la dignidad de las personas, ya que basta que el material sea «idóneo» para la lesión del bien jurídico protegido. Las conductas son idénticas a las recogidas en la letra b) del

art. 510.1 CP y vienen referidas a los mismos objetos materiales. La novedad es que los soportes han de representar una humillación, menosprecio o descrédito de carácter «grave», elemento esencialmente valorativo que ha de ser ponderado en cada caso concreto conforme a los criterios generales ya expuestos.

Algunos ejemplos concretos de conductas que se han considerado como de «humillación» se pueden encontrar en varias sentencias del TS que, por lo general, se refieren a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP), pero que igualmente pueden ser extrapolables a las infracciones de odio. Lo relevante en todas ellas es que se expresan ideas como el deseo de reiteración de actos susceptibles de generar una doble victimización, la ridiculización vejatoria o burla absolutamente descarnada, o la estigmatización sectaria de un colectivo o de sus integrantes que revele un manifiesto desprecio hacia su dignidad. Entre otras, se pueden citar las siguientes:

– STS 623/2016, de 13 de julio: «¿Cómo monta (nombre de víctima del terrorismo que perdió las piernas en un atentado) a caballo? Con velcro»; «El humor negro mola, pero el summum son los de (mismo nombre de víctima). Son la bomba»; «¿En qué se parece (nombre de otra víctima del terrorismo) a un delfín? En el agujero de la nuca».
– STS n.º 948/2016, de 15 de diciembre: sobre una imagen de policías envueltos en llamas con comentarios «ke bien arde… la madera jejejeje»; «matar fachas y txakurras no es delito…es mi deporte favorito».
– STS n.º 752/2012, de 3 de octubre: «a ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con <los tuyos>, so zorra…un besito» (referido a un pariente cercano a dos víctimas de ETA).

Finalmente, se pueden reseñar dos sentencias de Audiencia Provincial que confirman condenas previas de Juzgados de lo Penal por delito de odio en su modalidad de humillación por motivo discriminatorio. Se trata, en concreto, de las siguientes:

– SAP Madrid (Sección 15.ª) n.º 676/2017, de 30 de octubre: los hechos consisten en una agresión contra persona a la que no se conoce previamente, en presencia de amigas de la víctima, con una previa actitud de burla sobre su forma de hablar y motivada porque «es un maricón de mierda y se lo merece». Se castiga igualmente por delito leve de lesiones.
– SAP Madrid (Sección 23.ª) n.º 762/2017, de 29 de diciembre: los hechos consisten en la publicación de un vídeo en la plataforma Youtube, titulado «sodomía y pederastia son dos ramas del mismo tronco» en el que al explicar el origen de la pederastia se equiparó a la homosexualidad, acusando a los homosexuales de ser los autores de la inmensa mayoría («noventa y tantos por ciento de los casos») de los casos de pederastia.

7. El delito del art. 510.2.b) CP: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio

El art. 510.2.b) CP sanciona a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».

La tipificación de estas conductas no es una exigencia de la DM 2008/913/JAI, que únicamente contempla la sanción de la apología de delitos concretos.

La STS n.º 180/2012, de 14 de marzo, con cita de otras muchas anteriores como las 597/2010, de 2 de junio, 299/2011, de 25 de abril, y 523/2011, de 30 de mayo, define

las conductas de enaltecimiento y justificación. Así, «enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere decir que se hace aparecer como acciones ilícitas legítimas, aquello que sólo es un comportamiento criminal».

Del mismo modo, y haciendo suyas las palabras de la sentencia de instancia, el TS asume que «enaltecer, según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. Alabar es elogiar, celebrar con palabras. Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. El que enaltece –sujeto activo del delito– otorga a los delitos (…) y a los que en ellos intervienen –autores y partícipes– la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente. «Justificar» es, también según el diccionario, probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también hacer justo algo.

El Legislador ha prescindido de la exigencia de un ánimo incitador en esta modalidad «sui generis» de apología, al que solo se da entrada a través del subtipo agravado previsto en el párrafo segundo del art. 510.2.b) CP con la expresión: «cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».

Se trata, por tanto, de un tipo mucho más amplio que el descrito en el art. 510.1.c) CP. Basta la realización de las conductas de «enaltecer» o «justificar» por motivos discriminatorios para la aplicación del art. 510.2.b) CP, sin necesidad de acreditar que tales conductas tienen la capacidad de generar «ex ante» un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos. No obstante, la exigencia de que la conducta se realice «por cualquier medio de expresión pública o de difusión», unido a la necesidad de que el bien jurídico protegido sea afectado, al menos, potencialmente, determina la exigencia de que la conducta tenga una cierta entidad o relevancia. La efectiva promoción o favorecimiento de ese «clima» determinará la agravación penológica prevista en el segundo párrafo del art. 510.2.b) CP.

Algunos ejemplos concretos de conductas que se han considerado como de «enaltecimiento» se pueden encontrar en varias sentencias del TS que, aunque referidas una vez más al delito de terrorismo (art. 578 CP), pueden ser aplicables a los delitos de odio. Entre otras, se pueden reseñar las siguientes:

– STS n.º 706/2017, de 27 de octubre: difusión de una imagen de un miembro de ETA donde aparece junto al lema «Adiós con honor» y seguidamente la frase «Tu dignidad nuestro modelo» (en ambos casos, en euskera).

– STS n.º 335/2017, de 11 de mayo: «vivan los terroristas que asesinan a políticos del (nombre de un partido)! ¡Larga vida a aquellos que nos libren de esta dictadura! ¡GORA ETA!».

– STS n.º 221/2017, de 29 de marzo: publicación de un vídeo en el que se observa a un grupo de hombres disparando con armas de fuego, añadiendo como comentario que «Vamos muhaidines garrote a estos putos con uniforme (…) Glorifico a todos los mártires!!».

– STS n.º 820/2016, de 2 de noviembre: «Aupa esa chavalería que ha arrasado con las sucursales capitalistas (…). Joder, con noticias así da gusto empezar la semana»; «lástima que el terrorismo de estado le segara la vida tan pronto, más luchadores como (nombre de miembro de ETA) hacen falta, para la causa (…)»; o «tengo la botella de champán preparada para el día que se retome la lucha armada».

8. El tipo agravado del art. 510.3 CP: la difusión mediática

Dispone el art. 510.3 CP que: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».

Un medio de comunicación es cualquier instrumento utilizado para realizar el proceso comunicativo. Abarca una tipología muy variada que incluye los tradicionales medios impresos (como periódicos, revistas o libros, pero también panfletos, folletos y posters) y los medios de comunicación audiovisuales y electrónicos (como radio, teléfono, televisión, grabaciones digitales de sonido e imagen, páginas webs, apps, correos electrónicos y una amplia gama de redes sociales y videojuegos). No parece factible hacer un listado cerrado, porque se trata de un sector que está en constante evolución. Sin duda, irán surgiendo otras formas de comunicación.

La Directiva 2013/40 UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, pone de manifiesto que los sistemas de información son un elemento esencial para la «interacción política, social y económica en la Unión». Sin embargo, frente a las evidentes ventajas de las tecnologías de la información, entre las que puede destacarse la propia defensa de la libertad de expresión, concurren factores negativos.

El Protocolo adicional al Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, consciente de que los sistemas informáticos ofrecen un medio sin precedentes para facilitar la libertad de expresión y de comunicación en todo el mundo, mostraba la preocupación por el riesgo de la mala utilización o de la utilización abusiva de esos sistemas informáticos para difundir propaganda racista y xenófoba.

En efecto, los nuevos mecanismos de ejecución de conductas delictivas tienen una enorme potencialidad expansiva susceptible de generar un aumento del perjuicio a las víctimas de los delitos, lo que supone un mayor desvalor de la acción que, en coherencia, puede justificar una agravación de la pena. De hecho, la utilización de las nuevas tecnologías, en palabras de la STS n.º 4/2017, de 18 de enero, supone que el autor «incorpora» su mensaje «a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad», pero a su vez «carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión (…), ligado al inevitable recorrido transnacional de estos mensajes». Junto a lo anterior y precisamente por ello, debe destacarse la mayor dificultad de estos supuestos para la investigación del delito y la identificación de los autores.

En algunos apartados del art. 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada «públicamente» –apartados 1.a) y 1.c)– o «por cualquier medio de expresión pública o de difusión» –apartado. 2. b)–. Por lo tanto, se hace necesario diferenciar estos supuestos del previsto en el apartado 3 del art. 510 CP.

Para ello, se considera que el carácter público de las conductas recogidas en los arts. 510.1 y 2 CP deberá entenderse referido a los supuestos de difusión del mensaje a una colectividad, pero sin el uso de medios de comunicación masiva. A tal efecto, pueden servir como ejemplo las ponencias, conferencias, charlas e incluso, como ha señalado algún autor, mítines políticos para un auditorio colectivo e incluso amplio, siempre que no se proceda a su difusión o no se haga con la finalidad de su difusión masiva.

Por el contrario, la publicidad del art. 510.3 CP se refiere exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un número indeterminado de personas (mass media). No otra conclusión puede derivarse de los términos empleados en el propio precepto: «accesible a un elevado número de personas».

El CP no distingue entre comunicador primario o derivado, es decir, es indiferente que el mensaje sea difundido por su autor material, o por el destinatario inicial que, a su vez, se convierte en difusor. El ejemplo de la red social «Twitter» y la modalidad del «retuiteo» puede ser especialmente descriptiva de estas conductas.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

No obstante, conviene tener presente que el fin último de la agravación es el aumento de la potencialidad del perjuicio causado a la/s víctima/s mediante la utilización de un medio de comunicación masivo. La expresión utilizada por el CP –«que (…) se hiciera accesible»– puede suscitar alguna duda sobre el carácter más o menos concreto del grado de acceso que los terceros tengan sobre el mensaje. Tomando en consideración que se trata de un tipo agravado, se entiende que no basta con la posibilidad teórica que ofrecen estos medios para la potencial difusión de contenidos. Hay mensajes que se difunden de forma instantánea, otros dependen de la voluntad de escuchar o leer, algunos tienen una amplia difusión y son duraderos, mientras que otros son fugaces o no llegan a sus destinatarios por problemas técnicos. La casuística es muy variada. Por lo tanto, no se trata de exigir que se pruebe que un número de personas haya leído efectivamente el mensaje, pero sí que un número indeterminado de personas haya tenido la posibilidad real de haber accedido al mensaje difundido masivamente.

La STS n.º 72/2018, de 9 de febrero, afirmó que las expresiones vertidas «a través de la red social cuyos contenidos se encuentran en internet» justifica la aplicación del art. 510.3 CP, ya que la «fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite» (FJ único). A efectos orientativos conviene precisar que los hechos fueron cometidos entre los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, a través de dos cuentas de la red social «Twitter», en las que el autor contaba con una cantidad de seguidores «en torno a los dos mil, siendo alrededor de cinco millones el número de usuarios de dicha red social en España».

9. El tipo agravado del art. 510.4 CP: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor

El art. 510.4 CP agrava la pena «cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo», en cuyo caso «se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

Obedece este precepto a lo dispuesto en el art. 1.4 DM 2008/913/JAI, si bien la misma se refiere a perturbaciones del «orden público», concepto que no es sinónimo de alteración de la «paz pública».

En este sentido, en la STS n.º 987/2009, de 13 de octubre, se decía que «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia –STS 1321/1999–, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas –STS 1622/2001–.»

Más recientemente, la STS n.º 294/2015, de 20 de mayo, si bien en el ámbito del delito de terrorismo, define la alteración de la paz pública como «aquella acción que pretende crear conmoción en una colectividad potencialmente abierta de personas, impidiendo o degradando la calidad de su vida civil y alterando gravemente su paz en tanto que sujeto colectivo». En el mismo ámbito, la STS n.º 175/2013, de 12 de marzo, la identifica con «atemorización social».

Por otra parte, la agravación también es aplicable en los casos de «grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo». Este supuesto debe ser diferenciado del «clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia» que se describe en alguna de las modalidades delictivas anteriormente analizadas. El «clima de odio» es un concepto de carácter general o colectivo, mientras que el «sentimiento» –que ha de ser grave– tiene una connotación personal o individual, aunque referido a los integrantes de un determinado grupo.

En todo caso, la aplicación de esta agravación no modifica la naturaleza del delito de odio como de peligro abstracto, porque no se sanciona la creación del «clima de odio» o

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

del «grave sentimiento de inseguridad o temor», sino que la conducta sea «idónea» para generar ese clima o sentimiento.

El precepto utiliza una expresión genérica en su primer inciso («Cuando los hechos, a la vista de las circunstancias …»), lo que permite entender que abarca las conductas previstas en todos los apartados anteriores, con la consiguiente compatibilidad entre las agravaciones previstas en los apartados 3 y 4 del art. 510 CP.

10. La agravante por motivo discriminatorio del art. 22.4.ª CP

Aunque esta Circular se centra en el delito de odio previsto y penado en el art. 510 CP, es preciso hacer una referencia, siquiera en alguno de sus aspectos más importantes o problemáticos, a la agravante por motivo discriminatorio del art. 22.4.ª CP, no sólo por su propia relevancia desde el punto de vista penológico general, sino también por su vinculación con el listado del art. 510 CP. Esta agravante se configura como otra forma de combatir penalmente determinados comportamientos discriminatorios dirigidos contra ciertos grupos, cuando los hechos no encajen propiamente en alguna de las figuras recogidas en el art. 510 CP (piénsese, por ejemplo, en agresiones físicas, amenazas o injurias concretas que se produzcan por motivos discriminatorios).

Conviene también precisar, antes de abordar la agravante, que queda al margen de las consideraciones de esta Circular la específica problemática contemplada en diversos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con la modalidad del motivo de discriminación por razón de género y su vinculación con la violencia de género y el art. 153 del Código Penal, problemática que podrá ser objeto de estudio en otro documento diferente.

Pues bien, art. 22 CP dispone que son circunstancias agravantes: «(…) 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

Se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de carácter y naturaleza fundamentalmente subjetiva, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, es decir, a su «esfera íntima», por lo que «solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho» (STS n.º 1145/2006, de 23 de noviembre). Lo que caracteriza la circunstancia es que «el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito». Por tanto, «nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios» (STS n.º 314/2015, de 4 de mayo).

En consecuencia, será necesario probar no solo el hecho delictivo y la participación del acusado, sino también la intencionalidad del autor, y esto es una inferencia o juicio de valor que debe ser motivada de conformidad con el art. 120.3 CE. Ello determina que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrán de incluir en sus atestados, al margen de las pruebas de la comisión del delito, los indicadores de polarización que se aprecien en la conducta investigada y que han sido expuestos «ut supra».

Dada la naturaleza subjetiva de la agravante, cabe plantearse si sólo operará la agravación cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurra en el sujeto pasivo del delito. En caso de una respuesta positiva no se podría aplicar la agravante de discriminación «por asociación» (es decir, respecto de una persona que tenga relación con el colectivo de que se trate, aunque no forme parte del mismo) o «por error» en la percepción del sujeto activo sobre la pertenencia de la víctima a un determinado grupo.

La jurisprudencia sobre esta cuestión es contradictoria. La STS n.º 1341/2002, de 17 de julio, aprecia la concurrencia de la agravante en un supuesto en el que los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales,

haciendo uno de ellos el comentario, primero, de que el lugar estaba lleno de ellos, y, después, que le daban asco, con lo cual se transparentaba inequívocamente que la siguiente agresión se produjo frente a una persona que suponían homosexual y en razón de esa supuesta tendencia sexual del mismo.

Por el contrario, la STS n.º 1145/2006, de 23 de noviembre, considera que «… para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad».

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) define los delitos de odio como: «toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objetivo de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o percibida pertenencia a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas sentencias viene exigiendo a los Estados del ámbito del Consejo de Europa investigaciones oficiales efectivas que conduzcan a la identificación y al castigo de los responsables, con la obligación de aplicar cuantas medidas sean razonables para descubrir si existen motivaciones racistas y para establecer si sentimientos de odio o prejuicios basados en el origen étnico han jugado un papel en los hechos que se denuncian.

En este sentido, la STEDH Škorjanec contra Croacia, de 28 de marzo de 2017, considera que «de igual manera, conviene reincidir en que, en virtud del Convenio, la obligación de las autoridades de buscar un posible vínculo entre actitudes racistas y un determinado acto de violencia existe no solo en relación con los actos de violencia basados en la situación o las características reales o percibidas de una víctima, sino también en sus asociaciones o afiliaciones efectivas o supuestas con un tercero que real o presuntamente esté en la situación o posea las características protegidas... De hecho, ciertas víctimas de delitos de odio son elegidas no por presentar una característica concreta, sino en razón de su vinculación con un tercero que sí la posee efectiva o presumiblemente. Esta conexión puede adoptar la forma de la pertenencia o la asociación de la víctima con un grupo particular o de su afiliación, ya sea real o percibida, con un miembro de dicho grupo a través de, por ejemplo, una relación personal, de amistad o de unión matrimonial.

Centrándonos en el art. 22.4.ª CP, lo relevante es que el sujeto actúa «por» alguno de los motivos contemplados en el mismo, no por la condición de la víctima. Se trata de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve. En consonancia con lo anterior, hay que precisar que en no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, habrá de ser apreciada la agravante.

En los denominados supuestos de discriminación por error, el sujeto activo comete el delito pensando que la víctima es homosexual o es extranjero, por ejemplo, y por tanto actúa por motivos homófobos o xenófobos, que es lo que exige la redacción de la agravante. En los casos de discriminación por asociación, el sujeto activo comete el hecho porque vincula o asocia a la víctima con un colectivo protegido en el 22.4.ª CP: por ejemplo, la agresión a una pareja mixta formada por mujer blanca y hombre negro, o la agresión a un voluntario de SOS Racismo por defender los derechos de los negros o de los extranjeros. En ambos casos la agresión es racista porque el sujeto comete el delito, tal y como dice la agravante, por motivos racistas.

En consecuencia, los/las Sres./Sras. Fiscales apreciarán la agravante de discriminación «por asociación» en los supuestos de una víctima que tenga relación con el colectivo de que se trate, aunque no forme parte del mismo, y la agravante de

discriminación «por error» en la percepción del sujeto activo sobre la pertenencia de la víctima a un determinado grupo.

El art. 22.4.ª CP carece de una correcta coordinación sistemática con el resto de listados de causas discriminatorias recogidos en otros preceptos del Código Penal.

Así, respecto de los motivos del artículo 22.4.ª CP, el art. 314 CP no contempla los motivos racistas, antisemitas, la identidad sexual y las razones de género, regulando la situación familiar. En comparación con el art. 510 CP, el art. 22.4.ª CP no incluye la situación familiar ni el origen nacional. El art. 511 CP incluye el origen nacional y omite la identidad sexual y los motivos racistas y antisemitas, omisiones que también se aprecian en el art. 512 CP que, a su vez, utiliza el término nación, pero no el origen nacional.

La agravante se construye a partir de un catálogo taxativo de motivaciones discriminatorias, sin que se haya incluido una cláusula final abierta que abarque cualquier otra situación o factor similar a los recogidos expresamente en el texto penal. De esta forma, la prohibición de interpretación extensiva de las disposiciones sancionadoras impide apreciarla en otros supuestos no contemplados en el precepto, por muy reprochables que sean. Situaciones como la aporafobia o la gerontofobia quedan fuera de este específico ámbito de protección penal.

No obstante, en estos supuestos se deberá estudiar la posibilidad de apreciar la existencia de un delito contra la integridad moral del art. 173 CP u otra agravante, como pudiera ser la de abuso de superioridad del art. 22.2.ª CP.

Por motivos obvios, la aplicación del art. 510 CP excluye la posibilidad de apreciar la agravante del art. 22.4.ª CP, lo que supondría la vulneración del principio «non bis in ídem».

11. Régimen penológico y suspensión de la ejecución de las penas

El art. 510 CP presenta una estructura penológica compleja. El apartado 1 sanciona con la misma pena de «prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses» las infracciones previstas en las letras a) (incitación al odio), b) (difusión de material odioso) y c) (negacionismo). El apartado 2 ha previsto una pena menor, consistente en «prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses», para las infracciones descritas en los apartados a) (lesionar la dignidad) y b) (enaltecimiento del odio). No obstante, se contempla un subtipo agravado en el caso del enaltecimiento del odio, en el segundo párrafo del art. 510.2.b) CP, «cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad odio o discriminación». En este supuesto, la pena es la misma que la prevista en el apartado 1 del art. 510 CP.

Por otra parte, los apartados 3 y 4 del art. 510 CP describen unos tipos agravados que, como ya se expuso, son aplicables a todos los apartados anteriores. En el supuesto del art. 510.3 CP (difusión mediática) se impondrán las penas respectivas «en su mitad superior». En el caso del art. 510.4 CP (alteración de la paz pública o el grave sentimiento de inseguridad o temor), la pena se impondrá «en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

La reforma del año 2015 ha elevado el límite penológico máximo del tipo básico del art. 510.1 CP, que pasa de tres a cuatro años de prisión. En el Preámbulo de la LO 1/2015 no se hace referencia alguna a los motivos concretos que fundamentan esta agravación que, por otra parte, no venía impuesta por la DM 2008/913/JAI, ya que su art. 3.2 dispone que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo».

Finalmente, el apartado 5 del art. 510 CP dispone que «en todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

Obedece este precepto a la necesidad de proteger a menores y jóvenes frente a la posibilidad de que los autores puedan estar en disposición de ejercer algún tipo de influencia en la formación o desarrollo educativo de los mismos, mediante la difusión de idearios discriminatorios.

Es una medida imperativa, tal y como se deduce del tenor literal del precepto («se impondrá»), que no exige que el delito se haya cometido en el marco de los ámbitos que quedarán afectados por la inhabilitación.

En otro orden de cosas, y en relación con la ejecución de todas estas penas, se considera que, en función de las circunstancias del caso concreto y bajo la premisa de la concurrencia de los requisitos fijados en el art. 80 CP, los/las Sres./Sras. Fiscales deberán instar que la suspensión de la ejecución de las penas quede condicionada al cumplimiento de alguna de las prohibiciones y deberes recogidos en el art. 83.1 CP y, más en concreto, de la prevista con el número 6.ª, es decir, «participar en programas (…) de igualdad de trato y no discriminación» que contemplen una formación sobre derechos humanos y el debido respeto a la diversidad de las personas por los motivos discriminatorios reseñados en el art. 510 CP.

Al margen de lo anterior, se podrá interesar la adopción de alguna otra de las condiciones recogidas en el art. 83.1 como las prohibiciones de aproximación, comunicación, contacto o residencia contempladas en los números 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª del citado precepto. Para ello habrá de atenderse a criterios de proporcionalidad con la gravedad de los hechos, el nivel de injerencia en el bien jurídico protegido, o la debida protección de los derechos e intereses de la/s víctima/s.

12. Las consecuencias accesorias del art. 510.6 CP y la posible adopción de medidas cautelares y de aseguramiento

El art. 510.6 CP señala que: «El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

Se trata de medidas que no vienen reseñadas en el catálogo de penas contemplado en el art. 33 CP. Por lo tanto, participan de la naturaleza de consecuencias accesorias que, aunque no hubieran sido expresamente previstas en el precepto analizado, serían igualmente imponibles por aplicación de lo dispuesto como regla general en los arts. 127 y ss. CP. En este sentido, se considera que la retirada de contenidos, el bloqueo de acceso o la interrupción de la prestación de un servicio, pueden ser asimilables a la pérdida de los bienes, medios o instrumentos utilizados para la comisión del delito.

El precepto distingue entre la «retirada de los contenidos», en los supuestos en los que el delito se hubiera cometido a través de las TICs, y el «bloqueo de acceso o la interrupción de la prestación», cuando los contenidos odiosos se difundan exclusiva o preponderantemente a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información.

En este punto conviene recordar la Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. Tras afirmar la similitud entre ambas figuras, considera que la diferencia «radica en que la interrupción del servicio permitirá la clausura de la página infractora que se encuentre en nuestro país –a cuyo fin podrán darse las órdenes oportunas al prestador de servicio de alojamiento radicado en España– y, por su parte, el bloqueo de acceso procederá cuando la página infractora se encuentre ubicada fuera de España. En este segundo caso, la colaboración

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

de los prestadores de servicios de intermediación consistirá en impedir que desde nuestro país pueda accederse a la página localizada más allá de nuestras fronteras».

Sin embargo, cuando se trata de mensajes o contenidos de odio que se han difundido, no a través de un Portal web, sino a través de las Redes Sociales como Twitter o Facebook, o bien están colgados, por ejemplo, en YouTube, la retirada de aquéllos no podrá realizarse a través de las medidas de interrupción del servicio o del bloqueo de acceso desde España. Será preciso requerir judicialmente a las mercantiles titulares para la retirada de los contenidos constitutivos de delito de odio.

Al hilo de lo anterior y aunque se trate de instrumentos al margen del proceso penal, ha de señalarse la existencia del Código de Conducta para la lucha contra la Incitación Ilegal al Odio en Internet promovido por la Comisión Europea y suscrito el 31 de mayo de 2016. Se trata de un acuerdo adoptado por las mercantiles Facebook, Twitter, Youtube y Microsoft con la Comisión Europea en el que aquéllas se comprometen a poner en marcha mecanismos internos que garanticen la retirada de contenidos constitutivos de delitos de odio. Por otro lado, la Comisión Europea publicó la Recomendación (UE) 2018/334, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea. Entre tales contenidos ilícitos se encuentran los constitutivos de delitos de odio.

El primero de estos instrumentos se basa en la voluntariedad de las empresas y en su autocontrol. La Recomendación insta a los Estados Miembros a incorporar de algún modo sus directrices, sin indicar, no obstante, si ha de hacerse mediante un instrumento normativo o bien mediante Protocolos de Actuación con los Proveedores de Servicios de Internet.

La utilización de expresiones imperativas como «acordará» u «ordenará» permite afirmar la obligatoriedad de la adopción de las medidas previstas en el art. 510.6 CP, sobre la base de la previa declaración de responsabilidad criminal.

Cuestión distinta es la posible adopción o no de estas medidas con carácter cautelar. Varias razones abonan la tesis afirmativa. En primer lugar, se considera que unas medidas como la destrucción de soportes, la retirada de contenidos o la posibilidad de hacerlos inaccesibles para terceros, encuentran su razón de ser en la necesidad de evitar a la víctima la prolongación en el tiempo de los perversos efectos del discurso del odio. En consecuencia, su finalidad protectora encaja en el fundamento que habilita la adopción de medidas cautelares por la vía de lo dispuesto en el art. 13 LECrim. En segundo lugar, se trata de medidas que puedan ser adoptadas por la autoridad administrativa competente en aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1.c) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, (en adelante LSSICE), cuando se atente o pueda atentarse contra los principios que contempla, entre los que se encuentran «el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y la protección de la juventud y de la infancia». Desde la perspectiva del carácter integral del sistema jurídico, no parece tener mucho sentido que este tipo de medidas puedan adoptarse en la vía administrativa y no puedan serlo en un ámbito como la jurisdicción penal, en la que se pretende la persecución y sanción de las infracciones más graves del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido se razonaba en la Circular 8/2015, cuando indicaba que, si estas medidas pueden «ser acordadas con esta naturaleza ante un ilícito civil, con más razón habrá que admitir su adopción frente a infracciones más graves (…) merecedoras de reproche penal». En tercer lugar, hay que recordar que la reforma llevada a cabo en el CP por la LO 1/2015 incluye expresamente esta previsión cautelar para los delitos de pornografía infantil (art. 189.8 CP), contra la propiedad intelectual (art. 270.3 CP) y de terrorismo (art. 578.4 CP). El hecho de que no se haya contemplado al mismo tiempo para los delitos de odio pudiera ser interpretado como una expresa exclusión por parte del legislador. Sin embargo, la consideración como un mero error por omisión parece ser más plausible. De hecho, el Preámbulo de la LO 1/2015 justifica la introducción de estas medidas con una terminología muy similar en todos los supuestos,

sin mencionar en ningún caso la referencia a su posible carácter cautelar, pero sin contener reseña expresa alguna a la exclusión de este carácter en el caso de los delitos de odio.

En cualquier caso, teniendo los contenidos a los que se refiere el art. 510.6 la consideración de medios o instrumentos de comisión del delito, como ya se ha señalado, resultaría de aplicación el art. 127 octies CP, que prevé su embargo y puesta a disposición judicial desde el momento de las primeras diligencias para después, por aplicación de los arts. 367 bis y 367 ter LECrim, proceder a su destrucción, en este caso, su bloqueo o eliminación.

Como toda medida cautelar, su adopción procederá mediante resolución motivada del Juez de Instrucción, conforme a los parámetros generales exigidos legal y jurisprudencialmente. Así, como ya destacaba la STS n.º 159/1996, de 24 de febrero, con cita de otras muchas anteriores, toda medida restrictiva de derechos exige los requisitos de «fumus bonis iuris» y de «periculum in mora». En relación con la apariencia de buen derecho, en el caso del proceso penal puede identificarse con la existencia de indicios racionales de criminalidad contra una persona determinada. En cuanto al segundo requisito, supone en estos casos la concurrencia de un riesgo o peligro para los bienes jurídicos de la víctima que, de no adoptarse la medida, pudieran encontrarse ante situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que se otorgase en una eventual sentencia condenatoria.

Por lo tanto, dado que nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio, los/las Sres./Sras. Fiscales instarán, durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva en términos tales que supongan una renovada lesión de los derechos de las víctimas dignos de protección.

En estos supuestos, de conformidad con la Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, como quiera que en los primeros momentos podrá no ser conocido si cabe la retirada de contenidos o únicamente el bloqueo de acceso, cuando sea necesario se instará la medida cautelar de retirada y, alternativamente, el bloqueo de acceso o la interrupción del servicio.

En esta línea, se recuerda la posibilidad de ordenar la conservación de datos como medida de aseguramiento, contemplada en el nuevo art. 588 octies LECrim, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Esta medida tiene por finalidad preservar la prueba de la actividad delictiva y se extiende a la conservación tanto de datos de tráfico, como de datos de abonado y a los contenidos constitutivos de delito de odio. Y ello sin perjuicio de que, al mismo tiempo que se solicita esta conservación de los datos y contenidos hasta que el órgano judicial solicite su incorporación al proceso, pueda simultáneamente solicitarse que tales contenidos ilícitos no continúen disponibles en internet a fin de evitar que se perpetúe la actividad ilícita.

13. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 510 bis CP)

El art. 510 bis CP dispone que: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal».

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

Se trata de una previsión normativa que se corresponde con lo indicado en los arts. 5 y 6 DM 2008/913/JAI, tanto en lo relativo a la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 5) como a las sanciones que les puedan ser impuestas (art. 6).

En este punto es necesario remitirse a los criterios expuestos en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, así como en las diversas sentencias del TS que han ido conformando los parámetros generales para la aplicación de esta novedosa forma de responsabilidad penal. En tal sentido pueden citarse las SSTS n.º 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 marzo; 516/16, de 13 de junio; 252/17, de 6 de abril; 583/17, de 19 de julio; 668/2017, de 11 de octubre; 737/2018, de 5 de febrero de 2019; y 742/2018, de 7 de febrero de 2019.

14. Cláusula de vigencia

La presente circular no afecta a la vigencia de Circulares anteriores.

15. Conclusiones

1.ª El bien jurídico protegido por las diversas infracciones previstas y penadas en el art. 510 CP es la dignidad de la persona, que es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Se trata de una cualidad innata a todo ser humano por el mero hecho de serlo y en tal condición no puede ser objeto de discriminación, como expresión del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE. En este contexto, el delito de odio supone un ataque al diferente, una manifestación de una intolerancia incompatible con los elementos vertebradores del orden constitucional y, en definitiva, con todo el sistema de derechos y libertades propio de una sociedad democrática.

2.ª La libertad de expresión es un pilar básico del Estado democrático, pero no es un derecho absoluto. Está limitado por el respeto a los derechos reconocidos en el Título Primero de la CE. En caso de conflicto procederá hacer una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en presencia, en función de las circunstancias concurrentes.

El discurso del odio es una conducta orientada hacia la discriminación sectaria frente a un determinado grupo o sus integrantes. No se sancionan las meras ideas u opiniones, sino las manifestaciones de odio que denotan un desprecio hacia otro ser humano, por el simple hecho de ser diferente. Por lo tanto, el discurso del odio no está amparado por la libertad de expresión, que no puede ser colocada en un plano de superioridad frente a la dignidad de otra persona.

3.ª Estos tipos penales se estructuran, con carácter general, bajo la forma de peligro abstracto, que no requieren el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes.

4.ª Los delitos de odio se refieren a un sujeto pasivo plural, que puede ser concretado en una parte de un grupo o en un individuo, pero siempre por referencia a un colectivo al que pertenece.

5.ª El art. 510 CP regula conductas dolosas. No se exige un dolo específico. Basta el dolo genérico de conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a esa comprensión.

No obstante, el sujeto activo ha de realizar la conducta por uno o varios de los motivos discriminatorios taxativamente expuestos en el CP, y que no admiten interpretaciones extensivas. Este elemento subjetivo tendencial, descrito en el apartado 2.5 de esta Circular, se concreta en los siguientes motivos: racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

6.ª El carácter esencialmente valorativo de estas figuras delictivas aconsejan la utilización de criterios o parámetros que denoten la presencia de un móvil de odio o discriminación, que pueden venir referidos a la víctima de la acción, al autor de la misma o al contexto en el que se desarrollan las conductas analizadas, en los términos expuestos en el apartado 2.6 de esta Circular. En todo caso, la constatación de uno o varios de estos indicadores de «polarización radical» debe sugerir la existencia de un delito de odio que, como tal, habrá de ser confirmado o descartado a través de la correspondiente investigación.

7.ª El delito del art. 510.1.a) CP (fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia) exige que se inste o se anime a la ulterior comisión de hechos discriminatorios, de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo. No entra en la tipicidad penal la mera exposición del discurso del odio sino su promoción pública.

Conforme a la nueva redacción no se exige la incitación a un acto delictivo, ya que el odio o la hostilidad son sentimientos que no necesariamente pueden reconducirse a figuras tipificadas penalmente. Del mismo modo, no es necesario que se promueva la realización de un acto concreto, puesto que basta la incitación indirecta. Para el caso de que, tras una incitación directa, se produzca un hecho delictivo concreto, la conducta podrá ser perseguida como inducción del art. 28, párrafo segundo, apartado a) CP, con la agravante, en su caso, prevista en el art. 22.4.ª CP.

En principio, una sola acción podría ser constitutiva de delito, siempre que se colmaran los elementos típicos. A su vez, la realización de diversas acciones puede entenderse como constitutiva de un solo delito, valorándose en tal caso la concurrencia de un dolo unitario para la infracción del mismo bien jurídico protegido. Lo mismo ocurriría en el caso de una o diversas acciones cometidas por más de un motivo discriminatorio, si va dirigido a un colectivo concreto.

El carácter personalísimo del bien jurídico protegido impediría la apreciación de un delito continuado en el caso de varias acciones contra colectivos diversos y/o por motivos diferentes, que se sancionarán conforme a las reglas del concurso real de delitos.

Estas reglas concursales son aplicables, «mutatis mutandis», a todas las figuras delictivas recogidas en el art. 510 CP, con las excepciones que se irán indicando en las siguientes conclusiones.

8.ª El delito del art. 510.1.b) CP (elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia) tiene como objeto cualquier escrito o soporte, debiendo englobar a los de carácter audiovisual o electrónico. Lo relevante es que su contenido sea objetivamente idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, parte del mismo o alguno de sus integrantes, por los motivos discriminatorios anteriormente descritos.

Si el material no sólo es idóneo, sino que además se utiliza para fomentar el odio, la conducta queda integrada en el art. 510.1.a) CP, por aplicación del principio de progresión delictiva.

Dado que el tipo no exige que se haya consumado la distribución, se deberá extremar la cautela ante determinados comportamientos, y muy particularmente en el caso de la posesión con la finalidad de distribución. Se trata de sancionar conductas que pongan en riesgo el bien jurídico protegido, es decir, cuando se puedan englobar en un contexto en el que sea factible generar un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados colectivos.

9.ª El delito del art. 510.1.c) CP (negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad) exige que, en primer lugar, estas conductas vengan referidas a alguno de los colectivos ya descritos, como en el resto de tipos penales contenidos en el art. 510 CP; y en segundo lugar, la concurrencia de un elemento tendencial que condiciona de forma significativa la tipicidad penal, consistente en que la negación, trivialización grave o enaltecimiento «promueva o favorezca un clima de

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra el colectivo, grupo o integrante del mismo.

Este segundo elemento no debe interpretarse exclusivamente en un sentido subjetivo o intencional, como mera tendencia de quien expresa opiniones de odio. Se trata de valorar si las conductas analizadas en cada caso son susceptibles de generar o no una situación objetiva de peligro o riesgo de que se puedan cometer actos de violencia, hostilidad, discriminación u odio contra un determinado colectivo o una parte o individuo del mismo.

10.ª El delito del art. 510.2.a) CP (humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas) engloba, a su vez, dos tipos de conductas. En el primer inciso se contiene una infracción de resultado como es la de «lesionar la dignidad» de determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, «mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito». El segundo inciso recoge una fórmula similar a la prevista en el art. 510.1.b) CP, es decir, la fabricación o la puesta a disposición de terceros, pero referida a un material que sea «idóneo para lesionar la dignidad» de esos mismos grupos o personas.

En el primer caso, al tratarse de un delito de resultado y no de peligro abstracto o hipotético, los actos delictivos cometidos individualmente respecto de personas integradas en el colectivo que afecten a otros bienes jurídicos protegidos serán castigados mediante las reglas generales previstas para el concurso ideal (art. 77, apartados 1 y 2 CP).

La concurrencia de este tipo con cualesquiera otras conductas que también protegen la dignidad de las personas se habrá de resolver como concurso de normas, por la vía del artículo 8.1 CP, en el que la norma especial se considera que es el artículo 510.2.a) CP por su más específico y completo ámbito de protección.

En el segundo caso, basta que el material sea «idóneo» para la lesión del bien jurídico protegido. Las conductas son idénticas a las recogidas en la letra b) del artículo 510.1 CP, y vienen referidas a los mismos objetos materiales y motivaciones discriminatorias. No obstante, los soportes han de representar una humillación, menosprecio o descrédito de carácter «grave», elemento esencialmente valorativo que ha de ser ponderado en cada caso concreto, conforme a los criterios generales expuestos en esta Circular.

11.ª El delito del art. 510.2.b) CP (enaltecimiento o justificación del delito de odio) prescinde de la exigencia de un ánimo incitador en esta modalidad «sui generis» de apología, al que solo se da entrada a través del subtipo agravado previsto en el párrafo segundo del art. 510.2.b) CP. Basta, por tanto, la realización de las conductas de «enaltecer» o «justificar» por motivos discriminatorios para la aplicación de este art. 510.2.b) CP. No obstante, la exigencia de que la conducta se realice «por cualquier medio de expresión pública o de difusión», unido a la necesidad de que el bien jurídico protegido sea afectado, al menos, potencialmente, determina la exigencia de que la conducta tenga una cierta entidad o relevancia.

La efectiva promoción o favorecimiento de un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos, determinará la agravación penológica prevista en el segundo párrafo del art. 510.2.b) CP.

12.ª El tipo agravado del art. 510.3 (difusión mediática) es aplicable a todos los supuestos anteriores y se justifica por la constatación de que la utilización de las nuevas tecnologías tiene una enorme potencialidad expansiva susceptible de generar un aumento del perjuicio a las víctimas de los delitos, lo que supone un mayor desvalor de la acción que, en coherencia, puede justificar una agravación de la pena.

El carácter público de las conductas recogidas en los arts. 510.1 y 2 CP deberá referirse a los supuestos de difusión del mensaje a una colectividad, pero sin el uso de medios de comunicación masiva. Por el contrario, el art. 510.3 CP se refiere exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un número indeterminado de personas, que hayan tenido la posibilidad real de haber accedido al mensaje difundido masivamente.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es

13.ª El tipo agravado del art. 510.4 CP (alteración de la paz pública o creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor), que también es aplicable a todos los apartados anteriores, contempla dos supuestos diferentes entre sí.

Por un lado, la alteración de la paz pública es un concepto más amplio que el de orden público, por cuanto hace referencia al conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia y de los derechos de los ciudadanos, y no sólo al funcionamiento ordinario de las instituciones.

Por otro lado, el sentimiento de inseguridad o temor –que ha de ser grave– tiene una connotación personal o individual que lo diferencia del «clima de odio», que es un concepto de carácter general o colectivo.

En todo caso, no se sanciona la creación del «grave sentimiento de inseguridad o temor», sino que la conducta sea «idónea» para generar ese sentimiento.

14.ª Los/las Sres./Sras. Fiscales deberán instar que la suspensión de la ejecución de las penas, en el caso de que proceda, quede condicionada al cumplimiento de alguna de las prohibiciones y deberes recogidos en el art. 83.1 CP, y más en concreto, de la prevista con el número 6.ª, es decir, «participar en programas (…) de igualdad de trato y no discriminación» que contemplen una formación sobre derechos humanos y el debido respeto a la diversidad de las personas por los motivos discriminatorios reseñados en el art. 510 CP.

Al margen de lo anterior, se podrá interesar la adopción de alguna otra de las condiciones recogidas en el art. 83.1 como las prohibiciones de aproximación, comunicación, contacto o residencia contempladas en los números 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª del citado precepto.

15.ª La agravante prevista en el art. 22.4.ª CP se construye a partir de un catálogo taxativo de motivaciones discriminatorias, lo que impide apreciarla en otros supuestos no contemplados en el precepto, por muy reprochables que sean.

El móvil discriminatorio ha de concurrir en relación de causa-efecto con la conducta realizada, lo que exigirá probar no solo el hecho delictivo y la participación del acusado, sino también la intencionalidad del autor, sobre la base de un juicio de inferencia que podrá venir facilitado mediante los indicadores de polarización que se exponen en el apartado correspondiente de esta Circular.

Sin embargo, pese a la naturaleza subjetiva de la agravante, la misma no sólo operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurra en el sujeto pasivo, dado que lo relevante es que es que el sujeto actúe por alguno de los motivos contemplados en el art. 22.4.ª CP, no la condición de la víctima.

En consecuencia, los/las Sres./Sras. Fiscales apreciarán la agravante de discriminación «por asociación», en los supuestos de una víctima que tenga relación con el colectivo de que se trate, aunque no forme parte del mismo y la agravante de discriminación «por error» en la percepción del sujeto activo sobre la pertenencia de la víctima a un determinado grupo.

La apreciación del art. 510 CP es incompatible con la aplicación de la agravante del art. 22.4.ª CP.

16.ª La pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, contemplada en el art. 510.5 CP, tiene una finalidad de protección de la infancia y la juventud, y no requiere que la conducta haya sido realizada en el ámbito propio de la actividad que va a ser objeto de privación.

17.ª Las consecuencias accesorias previstas en el art. 510.6 CP (destrucción, borrado o inutilización de soportes, retirada de los contenidos difundidos a través de TICs, bloqueo de acceso a internet o interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información) podrán ser también solicitadas como medida cautelar, con apoyo en el art. 13 LECrim, en el art. 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico y en los arts. 127 octies CP, 367 bis y 367 ter LECrim.

Dado que se trata de delitos perseguibles de oficio, los/las Sres./Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulten de la misma los datos y

presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva en términos tales que supongan una renovada lesión de los derechos de las víctimas dignos de protección.

Respecto al bloqueo del acceso al servicio o su interrupción deberán seguirse las pautas contenidas en la Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

De igual manera podrá hacerse uso de la medida de aseguramiento recogida en el art. 588 octies LECrim, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

18.ª Para la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica (art. 510 bis CP) es necesario remitirse a los criterios expuestos en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, así como en las diversas sentencias del Tribunal Supremo que han ido conformando los parámetros generales para la aplicación de esta novedosa figura.

Madrid, 14 de mayo de 2019.–La Fiscal General del Estado, María José Segarra Crespo.

cve: BOE-A-2019-7771
Verificable en http://www.boe.es